

ACÓRDÃO -INTEIRO TEOR

EMPRESA COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS. VEDAÇÃO A DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS. ART. 52 DA LEI N. 8212/91. IN APLICABILIDADE QUANDO HÁ DÉBITO COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM
APELAÇÃO CÍVEL N° 348535-CE
(2003.81.00.007965-8/01)

RELATÓRIO

0 DESEMBARGADOR FEDERAL
GERALDO APOLIANO

(RELATOR): Embargos de Declaração opostos contra o acórdão de fls. 150/156, cuja ementa tem o seguinte enunciado:

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. DÉBITOS PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 52, DA LEI 8.212/91. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Impossibilidade de distribuição de lucros ou dividendos por empresa em débito com a Seguridade Social, conforme o art. 52, da Lei n° 8.212/91. Supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

2. Não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 52, da Lei n° 8.212/91, uma vez que não existe impedimento de discussão do débito, na via judicial, já que o contribuinte pode suspender sua exigibilidade por uma das formas previstas no art. 151, do CTN.

3. A garantia dos débitos, após o ajuizamento das execuções fiscais, não tem o condão de impedir a autuação da multa determinada no parágrafo único, do art.

52, da Lei 8.212/91, devendo, para tal, preceder ao ato de distribuição dos lucros. Apelação improvida.”

Requer a Embargante que os Embargos sejam providos, atribuindo-se aos mesmos, efeitos infringentes, em face da existência de suposta omissão, dado que não se teria apreciado o argumento de que o art. 52, da Lei n° 8.212/91, é norma antievasiva, que presume a fraude na distribuição de lucros, porém admite prova em contrário; isso, assim se diz, teria sido demonstrado nos autos.

Aduz, ainda, que existe uma contradição no Acórdão, quanto à interpretação do termo “débito” constante no *caput* do art. 52, da Lei n° 8.212/91.

Intimada a parte adversa para impugnar os Embargos, aduziu, em suma, que o que a Embargante pretende é a reapreciação da matéria, o que é inadmissível em sede de embargos de declaração. É o relatório. Dispensada a revisão.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM
APELAÇÃO CÍVEL N° 348535-CE
(2003.81.00.007965-8/01)

VOTO

0 DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO (RELATOR): Ao meu ver, assiste razão ao embargante. Justifico.

O Acórdão ora embargado, negou provimento à Apelação desafiada pela Embargada para manter a decisão de Primeiro Grau, que a condenara ao pagamento da multa prevista no art. 52, da Lei n° 8.212/91.

Esta Turma, por maioria, entendeu que não era possível a distribuição dos lucros aos acionistas da empresa, se esta última era responsável possuía, à época, por débitos não garantidos perante o INSS.

Em que pese a clareza e a precisão do voto proferido pelo ilustre Desembargador

Federal convocado Élio Siqueira, penso, averbando a mais acendrada vénia, que o cerne da questão cinge-se em saber a natureza da norma impositiva da multa, que, ao meu entender, é de caráter antievasivo.

O propósito é o de garantir que a distribuição de lucros pelas empresas, não comprometa o pagamento dos débitos previdenciários.

Compulsando o sítio do Instituto Nacional do Seguro Social, verifico que existem Certidões Positivas com efeitos de Negativa válidas, emitidas desde fevereiro de 1997, tendo a última sido emitida em 15/09/2006 com validade até 14/03/2007.

Destarte, encontra-se a Embargante, atualmente, em situação de regularidade perante a Previdência Social, o que demonstra não ter ocorrido prejuízos (ou que se tenham gerado riscos) para os cofres do INSS em face da referida distribuição de lucros.

Data vénia, e em face dessa constatação, não vislumbro como possa sancionar uma empresa que, de forma inconteste, comprovou não ter agido contra a letra ou o espírito da lei que visou, nitidamente, preservar o interesse e o erário públicos.

Ressalte-se que a multa prevista no art. 52, da Lei nº 8.121/91, não tem caráter arrecadatório, mas sim protetivo dos cofres previdenciários. Logo, se não houve prejuízo ou riscos ao erário, não existem razões para condenação da empresa. Caso contrário, estar-se-ia exacerbando o formalismo normativo, o que não é tolerado pelo sistema jurídico atualmente em vigor.

Em face das razões ora expendidas, torna-se desnecessários examinar os demais argumentos sustentados pela Embargante.

Assim, conheço dos presentes Embargos e dou-lhes provimento, emprestando-lhes efeitos infringentes. É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 348535-CE (2003.81.00.007965-8/01)

APTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A ADV/PR0C: ERIK LIM0NGI SIAL E OUTROS

APD0: INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

REPT: PROCURADORIA REPRESENTANTE DA ENTIDADE

EMBTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL GERALDO APOLIANO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS INFRINGENTES. MULTA PREVISTA NO ART. 52, DA LEI Nº 8.212/91. CARÁTER ANTIEVASIVA DA NORMA. DÉBITOS GARANTIDOS. CERTIDÕES POSITIVAS COM EFEITOS DE NEGATIVAS VÁLIDAS. SITUAÇÃO REGULAR DA EMPRESA.

1. A finalidade do art. 52, da Lei 8.212/91, é garantir que a distribuição de lucros pelas empresas não comprometa o pagamento de débitos previdenciários, caracterizando-se, assim, seu caráter antievasivo.

2. Empresa embargante que, presentemente, se encontra em situação regular perante a Previdência Social, detendo certidão positiva, com efeito de negativa válida, até 14/03/2007, o que demonstra a ausência de prejuízos ou riscos ao Erário.

3. Descabe sancionar contribuinte que, de forma inconteste, comprova não ter agido contra o espírito ou a letra da lei, que colima a preservação do erário público.

4. A multa prevista no art. 52, da Lei nº 8.121/91, não tem caráter arrecadatório, mas sim protetivo dos interesses previdenciários. Se não houve prejuízo ou risco ao erário, não existem razões para que se a imponha à Embargante, pena de exacerbação do formalismo normativo, o que não é tolerado pelo ordenamento jurídico em vigor.

Embargos conhecidos e providos, em-prestando-se efeitos infringentes aos Declaratórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima identificadas.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, conhecer dos presentes Embargos Declaratórios e dar-lhes provimento, nos termos do relatório, voto do Desembargador Relator e notas taquigráficas constantes nos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Custas, como de lei.

Recife (PE), 11 de janeiro de 2007 (data do julgamento).

Desembargador Federal Geraldo Apoliano

Relator.

(Ementa publicada no DJU II de 13.03.2007, p. 573).

PIS. LEI Nº 10.637/2002. COFINS. LEI Nº 10.833/03. APURAÇÃO. REGIME CONTÁBIL DE COMPETÊNCIA. VENDA DE SERVIÇOS. INADIMPLÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA AUFERIDA. CONCEITO. NÃO INCLUSÃO DE VALORES NÃO RECEBIDOS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2006.01.00.034241-9/AM

RELATOR (A): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO AGRAVANTE AGUAS DO AMAZONAS S/A

ADVOGADO: PATRÍCIA GUIMARAES HERNANDEZ E OUTROS (AS)

AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES

ROLO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS - COFINS. LEI 10.637/02. LEI 10.833/03. APURAÇÃO. REGIME CONTÁBIL DE COMPETÊNCIA. VENDA DE SERVIÇOS. PRESUNÇÃO DE RECEITA INADIMPLÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. RECEITA AUFERIDA. CONCEITO. NÃO INCLUSÃO DE VALORES NÃO RECEBIDOS.

1. Na interpretação de qualquer norma, deve-se atentar que os preceitos legais estão integrados em sistema de regras e princípios que não podem ser desprezados. Isso porque, a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

2. Os valores escriturados das vendas de serviços conforme regime contábil de competência apurados com base em presunção de receita, nos termos disciplinados na legislação que regulamenta o PIS e COFINS e que não ingressaram nos cofres do contribuinte por inadimplência, não configuram a hipótese legal, uma vez que não há receita auferida.

3. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília/DF, 16 de março de 2007.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relatora

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, fls.4/11

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2006.01.00.034241-9/AM

Processo Orig.: 2006.32.00.004301-1
RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO (RELATORA):

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Águas do Amazonas S/A da decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Manaus/AM, que indeferiu o pedido liminar que objetivava a *determinação à autoridade impetrada (Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em Manaus) que se abstenha de compelir a impetrante ao recolhimento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre os valores mensalmente e doravante apurados, correspondentes às perdas decorrentes das inadimplências relativas aos serviços prestados pela empresa, e conseqüentemente permitindo à impetrante que recolha as aludidas contribuições sobre as receitas que efetivamente forem auferidas.*

Entendeu o Juízo prolator da decisão agravada, na esteira de jurisprudência colacionada, pela inexistência da fumaça do bom direito a amparar o direito alegado, asseverando, em suma, que “o inadimplemento da obrigação por parte dos consumidores de água e de esgoto é situação jurídica não oponível ao Fisco. Para o Estado Tributário são irrelevantes as eventuais inadimplências sofridas pela impetrante, já que a obrigação tributária é *ex lege* e não possui

qualquer vinculação com o fornecimento de água e seu pagamento no Estado do Amazonas”.

Irresignada, a agravante, em síntese, alega que “ninguém está obrigado a contribuir para o financiamento da seguridade social, pagando PIS e COFINS, em relação a receitas que não são realizadas, em relação a serviços que, embora prestados, não foram pagos; em relação à venda de mercadorias, não adimplidas, vez que o ‘calote’ retira a capacidade contributiva, porque retira o conteúdo econômico do fato em princípio imponível”.

Sustenta que a cobrança do PIS e da COFINS, nos casos de inadimplência, tem natureza puramente confiscatória, e esbarra, também, *na regra inscrita no art. 37 da Constituição Federal, que impõe à administração pública obediência aos princípios da legalidade e da impessoalidade, quando buscam interpretação ao artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, extraindo da expressão auferir muito mais do que ela efetivamente quer dizer. Aduzem que, também se distanciam da moralidade administrativa quando, preocupadas simplesmente com o superávit fiscal, aceitam (e exigem) o recebimento do tributo sobre riqueza inexistente.*

Assevera a presença do perigo da demora, ante o fato de ter de recolher 9,659b de valores não recebidos a título de PIS e COFINS, face ao notório inadimplemento que sofre, valores esses cuja supressão se expande para além dos seus interesses, pois poderiam estar sendo investidos no saneamento básico da cidade de Manaus.

Argumenta que “se aguardar a prolação da sentença em primeiro grau de jurisdição, a mesma não se prestará a resguardar seu direito em participar de

licitações, contratações com órgãos públicos e privados, e, até mesmo recebimento de faturas emitidas contra órgãos públicos”, razão, também, para que não seja o agravo recebido na forma retida. Requer, assim, a concessão de efeito ativo ao agravo, e, ao final, seja reformada a decisão prolatada pelo MM. Juiz *a quo*, para confirmar concessão da liminar nos termos solicitados em primeiro grau de jurisdição.

À fl. 171, determinei a intimação da agravada para apresentação de contraminuta, tempestivamente apresentada às fls. 174/192, pugnando pela manutenção da decisão agravada, com base em jurisprudência colacionada da Primeira Turma/PR, Processo 2003.70.00.05206-0, DJU 10/11/2004, p. 609, relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leira.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO (RELATORA):

A agravante, detentora de concessão pública municipal para fornecimento de água e esgoto à população de Manaus/AM, tem por objeto social, conforme Estatuto Social, fl. 37: (i) a execução, operação, manutenção e exploração dos sistemas de abastecimento de água e esgotos sanitários na cidade de Manaus; (ii) a conservação, proteção e fiscalização das águas; (iii) controle, prevenção e correção da poluição das águas; (iv) participação em outras sociedades ou associações; (v) compra e venda de produtos utilizados em saneamento básico; (vi) veiculação de propagandas comerciais; e (vii) prestação de serviços aplicáveis em saneamento básico.

O mandado de segurança contra o Delegado da Receita Federal de Administração Tributária em Manaus sustenta os argumentos de que:

(i) o inadimplemento das contas de fornecimento de água e esgoto à população, conforme balancetes juntados aos autos, fls. 70/142, em decorrência do baixo poder econômico da população local, ascendeu a mais de R\$ 26.500.000,00 no ano de 2004, a mais de R\$ 52.400.000,00 no ano de 2005 e a mais de R\$ 76.200.000,00 no ano de 2006, causando-lhe importante perda patrimonial; e,

(ii) tem sua situação agravada por estar obrigada a recolher as contribuições do PIS e da COFINS, à razão de 9,259b sobre as importâncias inadimplidas, por entenderem as autoridades fiscais, mediante resposta à consulta (Processo de Consulta 423/04), “não ser cabível, por falta de base legal, a exclusão, na base de cálculo da contribuição para o PIS de valores, pelo regime de competência, mas que não foram efetivamente recebidos de seus clientes, em virtude de inadimplência”.

Examinando o pedido, assentou o MM. Magistrado *a quo*:

“O inadimplemento da obrigação por parte dos consumidores do serviço de água e esgoto não acarreta falta de base financeira concreta que justifique a não incidência dos tributos, pois o fato gerador da obrigação tributária é a situação previamente definida em lei.

No caso da COFINS e do PIS, a hipótese de incidência é o faturamento.

O não pagamento das contas de água e esgoto por particulares é situação jurídica não oponível ao fisco. Para o Estado Tributário são irrelevantes as eventuais inadimplências sofridas pela impetrante,

já que a obrigação tributária é *ex lege* e não possui qualquer vinculação com o fornecimento de água e seu pagamento no Estado do Amazonas.

Logo, não há fumaça do bom direito a ser amparado neste remédio constitucional em sede liminar.”

Irresignada, insurge-se a agravante, argumentando enfaticamente a presença da fumaça do bom direito e do *periculum in mora*, quando as autoridades fiscais pretendem fazer incidir o PIS e a COFINS sobre as meras expectativas de receitas dos contribuintes (valores faturados e não recebidos em decorrência de inadimplência), violando princípios constitucionais, tais como o da capacidade contributiva, o do não-confisco, o da legalidade, o da impessoalidade e o princípio da moralidade administrativa. Isso porque, no caso de inadimplência, passa a ser evidente que não há qualquer autorização constitucional ou legal para tributação de valores não recebidos, sem qualquer expressão econômica, principalmente, porque os tributos que incidem sobre o faturamento ou a receita, como é o caso do PIS e da COFINS, assim exigem.

Cinge-se, portanto, a questão tratada nos autos à possibilidade de tributação pelo PIS e COFINS sobre os serviços vendidos que, apesar de faturados, não foram recebidos, face ao inadimplemento dos usuários do serviço de água e esgoto prestados pela agravante.

Impende *ab initio*, traçar breve histórico sobre a legislação que determina a base de cálculo do PIS e da COFINS.

A COFINS foi instituída pela LC 70/91, ao amparo do disposto no inciso I, art. 195, da Constituição Federal de 1988, destinada a atender às despesas havidas pelo Instituto Nacional do Seguro So-

cial - INSS com as atividades fins das áreas da saúde, previdência e assistência social.

O art. 2º da LC 70/91, ao tratar da contribuição, assim estabelece:

“Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.”

O PIS - Programa de Integração Social, por seu turno, foi instituído pela Lei Complementar 7/70, com a finalidade de promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas.

O art. 3º da referida Lei Complementar dispõe sobre a constituição do fundo, *in verbis*

“Art. 3º - O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

a) a primeira, mediante dedução do Imposto de Renda devido, na forma estabelecida no § 1º deste artigo, processando-se o seu recolhimento ao Fundo juntamente com o pagamento do Imposto de Renda;

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue: (...)” (sem grifo no original)

O conceito de faturamento, para efeito de incidência do PIS, foi definido no art. 3º, da Lei 9.715/98, *verbis*:

“Art. 3º Para os efeitos do inciso I do artigo anterior considera-se faturamento a receita bruta, como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente da venda de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia.”

No entanto, o conceito de faturamento conferido pelos dispositivos transcritos foi substancialmente modificado pelas disposições do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 9.718/98, que, assim, dispõe, *verbis*: “Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001).

§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos Recursos Extraordinários 357.950/RS, 358.273/RS, 346.084/PR e 390.840/MG (Informativo 408 STF), firmou sua posição pela inconstitucionalidade da ampliação do conceito de faturamento, previsto no art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei 9.718/98.

Afastou, também o argumento de que a publicação da EC 20/98, em data anterior ao início da produção dos efeitos da Lei 9.718/98 - o qual se deu em 1º/02/99, em atendimento à anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º) -, poderia conferir-lhe fundamento de validade, haja vista que a lei entrou em vigor na data de sua publicação (28/11/98), portanto, 20 dias antes da EC 20/98.

O conceito de faturamento, no que toca à base de cálculo do PIS insculpido na Lei Complementar 7/70 e na Lei 9.715/98, foi modificado com a edição da Medida Provisória 66/02, convertida na Lei 10.637, de 30/12/2002, que, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 20/98, inclusive no art. 195, I, b, da Constituição Federal, compatibilizou-se com o Texto Constitucional, assim dispondo, no art. 1º, *caput* e § 1º, *verbis*:

“Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

Em 2003, foi editada a Lei 10.833/03, procedendo a alterações na legislação tributária e instituindo, também para a COFINS, o princípio da não-cumulatividade, e, tendo-se em conta a Lei 10.637/2002, conforme disposto nos arts. 15 e 16, adotando regras que objetivavam harmonizar a disciplina da COFINS com a contribuição para o PIS/PASEP, dispondo, no art. 1º, § 1º, *verbis*:

“Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.”

Como se vê, tanto a Lei 10.637/2002 quanto a Lei 10.833/2003 estipulam que a base de cálculo da COFINS e do PIS deve incidir sobre o montante das receitas auferidas pelo contribuinte a cada mês de competência.

Dessa forma, para o deslinde da questão posta nos autos, entendo que o que se

deve levar em consideração é o conceito de *receita auferida* pela pessoa jurídica. Tenho-me posicionado no sentido de que, ao se interpretar qualquer norma, não se deve fazê-lo sem se atentar para os preceitos legais que estão integrados em sistema de regras e princípios que não podem ser desprezados. Isso porque, a presunção de legalidade, que legitima a atividade administrativa, deve ser considerada à luz das normas positivas, dos princípios gerais do Direito, dos bens e valores juridicamente tutelados e das garantias fundamentais.

Entre esses princípios, que não se pode desprezar, inclui-se o Princípio da Capacidade Contributiva, inserto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que entendendo perfeitamente aplicável às contribuições, espécie tributária, assim como as taxas, valendo notar que tal foi expresso pelo STF, em sede de Recurso Extraordinário 1.777.835-1/PE, em voto da lavra do Sr. Ministro Carlos Velloso, publicado no DJ do dia 25/05/2001, p. 18.

Na trilha desse raciocínio, oportuno se valer dos ensinamentos prestados por Edmar Oliveira Andrade Filho, mestre e doutor em Direito pela PUC/SP, in *PIS-COFINS, Questões Atuais e Polêmicas*, Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, páginas 219/221:

“(…) Para Geraldo Ataliba, a receita não se confunde com a mera movimentação de valores (dinheiro), verbis:

‘O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo dinheiro que ingressa nos cofres de entidade. Nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa a pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso de dinheiro que venha a integrar o patrimônio da entidade que o recebe’.

O conceito jurídico de ‘receita’ não destoa daquele adotado no âmbito das Ciências Contábeis, nada obstante, este abrange também as reduções de passivos, ou não há um ingresso em sentido positivo; existe um ingresso em sentido negativo porque os valores não saíram do patrimônio social. De fato, em antigo pronunciamento, o Instituto Brasileiro de Contadores - IBRACO estabeleceu que:

Receita corresponde a acréscimos nos ativos e decréscimos nos passivos, reconhecidos e medidos em conformidade com princípios de contabilidade geralmente aceitos, resultantes dos diversos tipos de atividades e que possam alterar o patrimônio líquido.

Acréscimos nos ativos e decréscimos nos passivos, designados como receita, são relativos a eventos que alteram bens direitos e obrigações. Receita, entretanto, não inclui todos os acréscimos nos ativos ou decréscimos nos passivos. Recebimento de numerário por venda a dinheiro é receita, porque o resultado líquido da venda não implica em alteração do patrimônio líquido. Por outro lado, o recebimento de numerário por empréstimo tomado ou o valor de um ativo comprado a dinheiro não são receita, porque não alteram o patrimônio líquido.

Esse conceito de receita não pode ser compreendido em divórcio com o princípio da capacidade contributiva que está submetido ao cânone da supremacia das normas constitucionais e da máxima efetividade, dado que a sua função primordial é a proteção de direitos fundamentais.

Pois bem, o adjetivo ‘auferida’ traduz a idéia de algo que é percebido, ou seja, que é transformado em dinheiro ou bem econômico equivalente, vale dizer,

imediatamente conversível em dinheiro. Receita auferida é, portanto, um acréscimo patrimonial juridicamente qualificado; é aquele em que a prestação já está satisfeita.

Quisesse a lei tomar o termo receita com a significação que ele tem, por exemplo, no contexto da legislação do imposto de renda, não teria feito a qualificação que ostensivamente fez e vem confirmando ao longo do tempo. Em decorrência, para fins de incidência às contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não basta que a pessoa jurídica tenha receita; é imprescindível que aufera os efeitos do negócio jurídico que lhe deu causa. Um dos efeitos das obrigações em geral é o pagamento; para a caracterização da receita auferida é necessário que ocorra o pagamento em dinheiro ou bem com funções imediatas equivalentes.

E conclui:

... O princípio da capacidade contributiva, tomado sob o império da máxima efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, deve permear as normas tributárias que tenham por função estabelecer nexos obrigacionais diante de fatos realizados concretamente. No campo das contribuições ao PIS e COFINS, a observância desse princípio aponta para o fato de que os valores tributáveis devem corresponder a uma efetiva e incondicional obtenção de receita. Nessa toada, o conceito, de receita auferida que será tributável pelo PIS e COFINS traduz valor efetivamente recebido em dinheiro ou em bens imediatamente transformáveis em dinheiro sem perda de valor.”

Assim, e sob essa ótica que adoto como razão de decidir, a hipótese legal não resta configurada, *in casu*, uma vez que não há receita auferida.

Destarte, verifico plausibilidade jurídica na tese expendida pela agravante, bem como a presença do perigo da demora. Ora, não é razoável computar-se para fins de incidência da COFINS ou do PIS receitas que efetivamente não ingressaram como faturamento ou receita bruta da empresa uma vez que não foram adimplidas, não ingressaram nos cofres da empresa, nada acrescentando ao seu patrimônio.

Não se pode conceber que as perdas decorrentes das inadimplências relativas aos serviços prestados pela empresa agravante não sejam causas que justifiquem a não-incidência das contribuições em comento, enquanto não recebidas.

É certo que a Constituição Federal autoriza, no art. 150, § 7º, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 3, de 17/03/1993, o chamado *fato gerador presumido*. Contudo, o mesmo dispositivo constitucional assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Nos termos do art. 113, § 1º, “a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”.

Sobre o tema, por pertinente, vale transcrever do *Código Tributário Nacional Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2005, página 559, em comentário de Luiz Alberto Gurgel de Faria ao art. 116, CTN, *verbis*:

“(…) Ora, se a obrigação de pagar o tributo surge com a ocorrência do fato gerador (art. 113, § 1º, do CTN), cujos efeitos apenas se operam após sua concretização (art. 116, *caput*), como se admitir o

pagamento antecipado da exação com base em mera presunção? A imposição de tributo sem que tenha se verificado a *obligatio* respectiva pode, no meu sentir, abalar a disciplina formulada acerca da obrigação tributária.

Para José Eduardo Soares de Melo, 'o preceito encartado na Emenda Constitucional n. 3/93 - traduzindo fato gerador presumido - não representa mera regra excepcional que pudesse acomodar-se no ordenamento vigente. Sua aceitação acarretaria ruptura de todo um sistema harmônico, coerente, de princípios e normas, ou seja, um verdadeiro caos jurídico, onde, em nome de aparente constitucionalidade, se pretenderia impor ônus tributários, sobre riquezas inexistentes, fatos aleatórios, negócios jurídicos presumidos' (Ob. Substituição Tributária Progressiva e Emenda Constitucional 3/93, *RDT* 63:253-63, São Paulo)".

Entendo que a questão é polêmica, mas precisa ser enfrentada, ainda que em sede de agravo.

Há de se considerar que, caso a agravante não saia vencedora no final da lide, a responsabilidade por quitar as diferenças será efetivamente cobrada pela autoridade fiscal; de outro aspecto, caso vencedora na lide, se permanecer pagando tais contribuições, terá de se submeter às vias tortuosas do *solve et repete*.

Pelo exposto, dou provimento ao agravo, a fim de determinar que o Sr. Delegado da Receita Federal em Manaus/AM se abstenha de compelir a agravante ao recolhimento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre os valores mensalmente e doravante apurados, correspondentes às perdas decorrentes da inadimplência

relativa aos serviços prestados pela empresa concernentes ao fornecimento de água e esgoto à população de Manaus e, consequentemente, permitindo à agravante que recolha as aludidas contribuições sobre as receitas que efetivamente forem auferidas. É como voto.

VOTO VOGAL

VENCIDO

O JUIZ FEDERAL OSMANE ANTÔNIO DOS SANTOS: Senhora Presidente, vou manter-me coerente a posicionamento já manifestado nesta Turma, entendendo que essas receitas foram faturadas e, uma vez faturadas, elas são fatos geradores, hipótese de incidência do PIS e da COFINS, não obstante o inadimplemento, até porque a empresa tem as vias judiciais para cobrar esses créditos.

(Ementa publicada no DJU II de 13.04.2007, p. 203).

ISS. LANÇAMENTO POR ESTIMATIVA. CONTRIBUINTE EM DIA COM SUAS OBRIGAÇÕES. ILEGALIDADE.

Apelação Cível nº 638.527-5/0-00

Apte(s): Lupe Hotelaria Ltda.

Adv.(s): Luis Eduardo Schoueri

Adv.(s): Guilherme Cezaroti

Adv.(s): Horário Villen Neto

Apdo(s): Prefeitura Municipal de São Paulo

Apdo(s): Diretor do Dep. De Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças do Município de São Paulo.

Adv.(s): Fábio Costa Couto Filho

Adv.(s): Rodrigo Fraga Leandro de Figueiredo

Adv.(s): Carmem V.A. Barbani

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº.

638.527-5/0-00, da Comarca de SÃO PAULO FAZ. PÚBLICA, em que é apelante LUPE HOTELARIA LTDA sendo apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO.

Acordam, em Décima Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, v. u., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O Julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO CAPRARO E RODRIGO ENOUT.

São Paulo, 12 de abril de 2007.

EUTÁLIO PORTO

Presidente e Relator

VOTO N.º 2896

APELAÇÃO CÍVEL N.º 638.527-5/0-00

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: LUPE HOTELARIA LTDA
APELADA: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO E DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DA SECRETARIA DAS FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO Mandado de segurança ISSQN Insurgência contra a adoção do regime de estimativa Alegada ausência de motivação do ato administrativo. O regime de estimativa, em princípio, apenas é possível quando não existam dados que possibilitem a aferição mensal do valor do ISS ou quando os documentos fiscais do sujeito passivo não sejam merecedores de fé, não se encontrando a adoção deste regime entre atos discricionários ou volitivos desgarrados de motivação e prova Sentença reformada Recurso provido.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por LUPE HOTELARIA LTDA. contra ato do CHEFE DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, impugnando notificação para que recolhesse o ISSQN sobre o regime de estimativa, alegando a ilegalidade do regime adotado e ausência de motivação do ato administrativo.

A sentença, cujo relatório se adota, denegou a segurança, por entender que o regime de estimativa tem amparo legal, razão pela qual não há que se falar em ausência de motivação (fls. 132/135).

Inconformado, apelou o impetrante, arguindo ausência de motivação, em virtude da inexistência de justificativa a respeito da adoção da base de cálculo, estimada em R\$ 105.000,00; e inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 6.989/66 (fls. 143/158).

Foram apresentadas contra-razões arguindo a Municipalidade, preliminarmente, decadência do direito à impetração (fls. 168/171).

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo improvimento do recurso (fls. 178/180).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A alegação de decadência para a impetração do mandado de segurança, reiterada nas contra-razões, foi devidamente afastada pela sentença, não merecendo qualquer reparo, pelo que fica integralmente mantida a decisão.

Quanto à matéria de fundo, verifica-se que o impetrante impugna a notificação para pagamento do ISSQN calculado com base em estimativa de faturamento efetuado pela Municipalidade, sob o

fundamento da ausência de motivação e inconstitucionalidade de adoção do regime de estimativa.

Nesse sentido, tem entendido a jurisprudência que: O regime de estimativa, em princípio, apenas é possível quando não existam dados que possibilitem a aferição mensal do valor do ISS Tributo que não pode ser transmutado em empréstimo compulsório o art. 9º do DL 406/68 tem preço dos serviços como a base de cálculo do tributo, sem permitir estimativa quando comprovado documentalente a cada mês (1º TAC AI nº 1080423-8, 11ª Câm. Rei. Urbano Ruiz, j. 27.05.02).

O regime de estimativa é regime de exceção e para adotá-lo há necessidade de justificação, devidamente apurado em procedimento administrativo e que possibilite, inclusive, que após determinado período seja avaliado o valor pago com o serviço executado, constituindo-se em crédito para o contribuinte se recolhido em importância superior ou pagando-se a diferença se recolhido em valor menor. De modo que o regime de estimativa só é possível quando não existam dados que possibilitem a aferição mensal do valor do ISS (1º TAC AI nº 1080423-8, 11ª Câm. Rei. Urbano Ruiz, j. 27.05.02). Não existe nos autos prova que demonstre ser o contribuinte, de fato, devedor da importância exigida, com base no valor estimado pela Prefeitura, no importe de R\$ 105.800,00 (fls. 30), pois não há qualquer documento juntado pela impetrada que permita inferir a ausência de legitimidade nos documentos contábeis da impetrante, ou seja, o regime de estimativa, para justificar sua adoção, não basta apenas o ato volitivo ou discricionário da autoridade fazendária, é necessário que se demonstre,

mediante procedimento adequado, que os documentos fiscais da empresa são suscetíveis de dúvidas para efeito de ser aferir a base de cálculo do imposto.

Por isso, a adoção do regime de estimativa exige conteúdo probatório apto a desfigurar a base de cálculo utilizada pelo sujeito passivo.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

São Paulo, 12 de abril de 2007

EUTÁLIO PORTO

RELATOR

(Ementa de acórdão publicado no DOE/SP de 18/05/2007).

SENTENÇA

PARCELAMENTO EXTRAORDINÁRIO.
MP Nº 303/06. CONTRIBUINTE
COM DÉBITO DE PIS/COFINS
EM DÍVIDA ATIVA. ADESÃO AO
PARCELAMENTO. POSSIBILIDADE.

Mandado de Segurança Individual

Classe: 2100

Autos nº. 2006.38.02.004593-4

Impetrante: MINASBEB COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA

Impetrado: PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL EM UBERABA
Juíza Federal: DRA. CLÁUDIA APARECIDA SALGE

SENTENÇA

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MINASBEB COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA, devidamente qualificada e representada nos autos, via de advogados legalmente habilitados, contra apontado ato coator atribuído ao PROCURADOR CHEFE DA FAZENDA NACIONAL EM UBERABA, objetivando, liminarmente, ver garantida sua

adesão ao parcelamento de débito extraordinário de que trará a MP 303/06, excluindo-se, todavia, os débitos retratados pelas inscrições em dívida ativa nº 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.002675-06. A impetrante alega, em síntese, o seguinte: a) possui débitos perante a União, no valor de R\$ 12.768.355,46 (doze milhões, setecentos e sessenta e oito mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e seis centavos), contudo, não se acha devedora dos débitos inscritos em dívida ativa nº 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.002675-06, referentes, respectivamente, à COFINS e ao PIS; b) compõem a base de cálculo das referidas exações os valores pagos a título de ICMS, bem como o que fora auferido a título de receita financeira, valores estes que foram indevidamente agregados ao conceito de faturamento, nos termos do art. 2º da LC 70/91 e do art. 3º da Lei 9.718/98; c) pretende pagar os demais débitos que possui junto a UNIÃO, aderindo ao parcelamento extraordinário de que trata a MP nº 303-06; d) a aludida MP, em seu artigo 1º, garante o parcelamento dos débitos vencidos até 28/02/03, em 130 parcelas mensais e sucessivas; e) não obstante, o parágrafo primeiro do aludido dispositivo dispõe que o contribuinte pode escolher quais os débitos pretende ver parcelados, desde que as dívidas remanescentes estejam com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, III a V, do CTN; f) tal disposição fere as disposições constitucionais vigentes; g) o ato que busca obstar é a possibilidade de vedação à adesão ao parcelamento extraordinário de que trata a MP 303/06.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 13/106.

O pedido de liminar foi deferido para determinar à autoridade coatora que

recebesse a adesão da impetrante ao REFIS 03 (fls. 108/112).

A autoridade impetrada juntou cópia da petição de agravo de instrumento interposto perante o Eg. TRF/1ª Região (fls. 120/132).

A impetrada prestou informações às fls. 134/141, aduzindo, preliminarmente, a indicação errônea da autoridade que deve figurar no pólo passivo do *writ*.

No mérito, sustentou, resumidamente, que: a) o parcelamento excepcional de que trata o art. 1º da MP 303/06 trata de favor legal, o qual abrange todos os débitos da empresa optante, com vencimento até 28/02/03 e que não se enquadrem, na data da adesão, na exceção contida no parágrafo 3º, II, do art. 1º da aludida norma legal; b) a inserção de débitos no parcelamento excepcional não pode correr da forma como pretende a impetrante, mas, sim, na forma estabelecida pelo parágrafo 1º art. 1º da MP 303/06; c) a impetrante sequer comprovou que está discutindo as dívidas mencionadas na inicial, administrativa ou judicialmente; d) somente em 12 de setembro de 2006, foram oferecidos bens para garantia das execuções fiscais, que sequer foram aceitos pelo Procurador da Fazenda Nacional que atua no feito e, por certo, não o serão, eis que tratam de títulos de validade e avaliação duvidosas; e) opção pelo parcelamento previsto no art. 1º da MP 303/06 é efetuada em bloco, ou seja, o optante pleiteia o parcelamento de todos os débitos ou não pleiteia parcelamento de nenhum; f) os débitos questionados foram objeto de confissão pela impetrante, através de DCTF'S, conforme previsto no artigo 5º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 2.124/84.

A decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 151).

O Ministro Público Federal opinou pela denegação de segurar (fls. 153/157).

Relatei.

Decido.

Inicialmente, verifica-se que não merece guarida a preliminar de indicação errônea da autoridade coatora.

Pois bem, sabe-se que o Mandado de Segurança é impetrado contra a autoridade de forma ampla, de modo a abranger o eventual responsável pelo ato impugnado e não especificamente a pessoa que exerce determinado cargo à instituição. *In casu*, notificado o Procurador Chefe da Fazenda Nacional em Uberaba, este prestou as informações, defendendo a legalidade do ato considerado abusivo.

Desse modo, quaisquer eventuais equívocos na indicação da autoridade impetrada restaram devidamente sanados no presente *Writ*.

Para a utilização do mandado de segurança, é necessário que a impetrante demonstre a lesão ou ameaça a direito líquido e certo, por ato de autoridade, seja de que categoria for.

E, segundo os ensinamentos de ALEXANDRE DE MORAES, “direito líquido e certo é que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado de plano, por documentação inequívoca”) (in *Direito Constitucional*, Ed. Atlas, 6ª edição, p. 153).

Assim, o *mandamus* não pode basear-se em meras conjecturas, ou em alegações que demandem dilação probatória, incompatível com o rito do remédio constitucional.

No mesmo sentido são as lições insuperáveis do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES, a saber:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se

apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança” (in *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data* Ed. RT, 12ª edição, p. 13).

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo a analisar o mérito do presente *mandamus*.

A impetrante pretende sua adesão ao REFIS 03, parcelamento extraordinário de que trata a MP nº 303 de 29 de junho de 2006, entretanto, com a ressalva de que sejam excluídos, da totalidade da dívida, na oportunidade da adesão, os débitos nºs. 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.002675-06, parcelando-se o restante.

Por sua vez a autoridade impetrada sustenta que a opção pelo parcelamento previsto no artigo 1º da MP 303/2006 é efetuada em bloco, ou seja, a optante pleiteia o parcelamento de todos os débitos ou não pleiteia o parcelamento de nenhum.

Na espécie, verifica-se que o art. 1º da MP nº 303, de 29/06/06, dispõe que:

“Art. 1º - Os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal - SRF, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN e ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser, excepcionalmente, parcelados em até cento e trinta prestações mensais sucessivas, na forma e condições previstas nesta Medida Provisória.

§ 1º - O disposto neste artigo aplica-se à totalidade dos débitos da pessoa jurídica, *ressalvado exclusivamente o disposto*

no inciso II do § 3º deste artigo, constituídos ou não, inscritos ou na em dívida ativa da União ou do INSS, mesmo que discutidos judicialmente em ação proposta pelo sujeito passivo ou em fase de execução fiscal já ajuizada, inclusive aos débitos que tenham sido objeto de parcelamento anterior, não integralmente quitado, ainda que cancelado por falta de pagamento.

§ 2º - [...]

§ 3º - O parcelamento de que trata este artigo:

I - [...]

II - somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força dos incisos III a V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e cumulativamente renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais;

III - a inclusão dos débitos para os quais se encontrem presentes as hipóteses dos incisos IV ou V do art. 151 d CTN fica condicionada à comprovação de que a pessoa jurídica protocolou requerimento de extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do inciso V art. 269 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código do Processo Civil (Cpc)" (destaquei).

Por sua vez, estão elencadas no art. 151 do Código Tributário Nacional, as hipóteses em que se suspende a exigibilidade do crédito tributário:

"Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - a moratória:

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial: incluído pela Lcp nº 104, de 10/01/2001).

VI - o parcelamento (incluído pela Lcp nº 104 de 10/01/2001).

Parágrafo único: O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes".

Cumpra observar que os débitos constantes das CDA's 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.002675-06 encontrem-se em fase de cobrança, nos autos da execução fiscal em trâmite perante a Subseção Judiciária de Passos, e, por entender que são indevidos, a impetrante pretende fazer uso de seu direito de embargar o feito executivo. Por este motivo, a impetrante, ao proceder a sua adesão ao REFIS, quer excluí-los do parcelamento.

Extrai-se da interpretação literal e conjugada do art. 151 do CTN com o art. 1º, §§ 1º e 3º, inciso II,- da MP nº 303, de 29/06/06, que não há vedação legal para que a impetrante proceda à sua adesão ao REFIS, com a exclusão dos débitos inscritos na dívida ativa e em fase de execução fiscal.

Existe, portanto, a possibilidade de débitos serem excluídos da totalidade da dívida a que se pretenda parcelar, se estiverem *sub judice*, com a exigibilidade suspensa, via liminar concedida em mandado de segurança, por tutela

antecipada em outra espécie de ação judicial, podendo ser estes incluídos *a posteriori*, ao restante já parcelado.

Ao contrário de proibir, a Medida Provisória 303, de 29/06/06, prevê, em seu artigo 1º §3º, inciso III, as hipóteses em que os débitos excluídos *prima facie* possam integrar o parcelamento pretendido pela impetrante, desde que cumpridas as condições legais, sendo a regra a exclusão de tais débitos do REFIS.

Não se vislumbra, assim, qualquer óbice à pretensão da impetrante, que visa a sua adesão ao REFIS, com a exclusão dos débitos inscritos nas CDA's nº 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.0002675-06, cuja validade pretende discutir em sede de embargos.

Sedo assim, não se admite que a concessão do *writ*, autorizando a inclusão da impetrante ao REFIS03, de forma que sejam parcelados a maioria dos débitos inscritos que possui, com a exclusão daqueles cuja execução foi ajuizada, possa causar algum tipo de prejuízo ao erário público, que, inclusive, já estará a receber seu imediato, as respectivas parcelas, que somam um considerável valor. Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, para determinar à autoridade coatora que receba e mantenha a adesão da impetrante ao REFIS 03, previsto na MP nº 303, de 29/06/2006, e autorizo, que sejam excluídos, da totalidade da dívida, para o parcelamento, os débitos tributários inscritos nº 60.6.05.009631-90 e 60.7.05.0002675-06, se *não houver outro motivo que impeça o cumprimento do comando judicial*.

Custas pela autoridade impetrada, que delas está isenta (art. 4º da Lei 9.289/96).

Sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

Sentença sujeita ao reexame necessário. Oficie-se ao Eg. TRF/1º Região, dando-lhe ciência desta sentença, diante do agravo de instrumento interposto.

RPI.

Uberaba/MG, 27/03/2007

Cláudia Aparecida Salge

Juiza Federal Substituta

(Sentença em fls. 160/166 dos autos).

DESPACHOS

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

PRAZO PRESCRICIONAL. ARTS. 45

E 46 DA LEI 8212/91. ILEGALIDADE

FACE AOS ARTS. 173 E 174 DO CTN.

PROC: 2007.03.00.000613-4 AG 288891

ORIG.: 200661050106585 8 Vr CAMPINAS/SP

AGRTE: ROYAL PALM PLAZA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA

ADV: ANDRÉA DE TOLEDO PIERRI

AGRDO: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADV: HERMES ARRAIS ALENCAR

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 8 VARA DE CAMPINAS - 5ª SSJ - SP

RELATOR: DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW / QUINTA TURMA

Decisão

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Royal Palm Plaza Participações e Empreendimentos Ltda. contra a decisão de fls. 123/126, que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar deduzido para suspender a exigibilidade do crédito constituído por meio da NFLD n. 35.848.453-7.

Alega-se, em síntese, a extinção do direito da agravada de constituir o crédito tributário, nos termos do arts. 173 e 174

do Código Tributário Nacional. Sustenta-se, ainda, a inconstitucionalidade dos art 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 (fls. 2/13). Posterguei a apreciação do pedido de efeito suspensivo para após a vinda das informações (fl. 135), as quais foram prestadas pelo MM. Juízo a quo (fl. 141). Transcorreu in albis o prazo para oferecimento de contraminuta, conforme certidão de fl. 145.

Decido.

Contribuição social. Decadência. Prescrição. Os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional estabelecem o prazo de 5 (cinco) anos, tanto para constituição quanto para a cobrança do crédito tributário. É incontroversa a natureza tributária das contribuições sociais previdenciárias, daí decorrendo a inaplicabilidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212, de 24.07.91, que fixam o prazo de 10 (dez) anos.

Do caso dos autos. A NFLD n. 35.848.453-7 inclui débito relativo ao período de 01.97 a 11.05 e foi constituída em 20.07.06 (cfr. fl. 99). Considerando que, nos termos do art 173, I, do Código Tributário Nacional, o prazo para constituição do crédito tributário é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a decadência operou-se em relação às contribuições anteriores a 31.12.00.

Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE o efeito suspensivo, para suspender a exigibilidade das contribuições relativas aos anos de 1997 a 2000, uma vez que atingidas pela decadência.

Comunique-se a decisão ao Juízo a quo. Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2007.

André Nekatschalow

Desembargador Federal Relator

(Decisão publicada no DJU II de 02.03.2007, p. 535).

TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE
VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA.
COBRANÇA POR ESTABELECIMENTO.
ILEGALIDADE.

PROC.: 2007.03.00.000509-9 AG
288790

ORIG.: 200661000156222 20 Vr SAO
PAULO/SP

AGRTE: Agência Nacional de Vigilância
Sanitaria - ANVISA

ADV: ALEXANDRE ACERBI

ADV: JORGE ALEXANDRE DE SOUZA

AGRD0: ABRAFARMA ASSOCIACAO
BRASILEIRA DE FARMACIAS E DRO-
GARIAS

ADV: CARLOS VICENTE DA SILVA NO-
GUEIRA

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 20 VARA
SAO PAULO Sec Jud SP

RELATOR: DES. FED. MAIRAN MAIA /
SEXTA TURMA

Vistos.

Insurge-se a agravante contra a decisão que, em ação de conhecimento processada sob o rito comum ordinário com o objetivo de desobrigar as associadas da agravada a cumprirem o determinado na RDC nº 238/2001, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para que as associadas da agravada “não sejam compelidas à obtenção de Autorização de Funcionamento anual para cada uma de suas filiais - incidindo unicamente sobre a empresa (ou matriz)”, bem como não exigir “o pagamento da Taxa de Fiscalização anual, em relação aos aludidos estabelecimentos (filiais), correspondente à mencionada Autorização de Funcionamento” - fls. 26/27.

Afirma, quanto à origem da cobrança da taxa, não ser objeto de sua exigência a emissão de Autorização de Funcionamento em si, mas decorrência do poder de polícia administrativa “quando fiscaliza cada uma das pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos, bem como a prestação de serviços na área de saúde” - fl. 07. Alega ser necessária a individualização da cobrança da taxa de fiscalização em relação a cada filial das matrizes associadas da agravada, porquanto são pessoas jurídicas distintas em comparação com o estabelecimento empresarial principal.

Expõe haver disposição expressa no artigo 23 da Lei nº 9.782/99 no sentido de remeter à Administração - ANVISA, o estabelecimento das formas de recolhimento da taxa de fiscalização, incumbência levada a efeito com a edição da Resolução RDC nº 238, de 27 de dezembro de 2001, “destinada à uniformização dos critérios relativos à Autorização, Renovação, Cancelamento e Alteração da Autorização de Funcionamento dos estabelecimentos de dispensação de medicamentos: farmácia e drogaria” - fl. 15. Inconformada, requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e a reforma da r. decisão.

DECIDO.

Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.

Dispõe a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que criou Agência Nacional de Vigilância Sanitária, *verbis*:

“Art. 6º . A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.”

Estatui, ainda, a Lei nº 9.782/99:

“Art. 23. Fica instituída a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária.

§ 1º Constitui fato gerador da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária a prática dos atos de competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária constantes do Anexo II.

§ 2º São sujeitos passivos da taxa a que se refere o caput deste artigo as pessoas físicas e jurídicas que exercem atividades de fabricação, distribuição e venda de produtos e a prestação de serviços mencionados no art. 8º desta Lei.”

O Anexo II da referida norma dispõe ser devido pelos distribuidores de medicamentos, drogarias e farmácias o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), por ano, como taxa de fiscalização de vigilância sanitária para a autorização de funcionamento de empresa, levando-se em consideração o tipo de atividade.

Sobre a instituição e a incidência de taxas, ensina Roque Antonio Carrazza:

“As taxas de polícia, de sua feita, como já havíamos adiantado, têm por hipótese de incidência o exercício do chamado “poder de polícia” diretamente referido ao contribuinte.

Poder de polícia, sempre no entender de Celso Antonio Bandeira de Mello, é o “conjunto de normas que impõem limites ao livre desfrute dos direitos à liberdade e à propriedade das pessoas”.

Ou, se quisermos, poder de polícia é a faculdade que o Estado tem de, dentro dos limites constitucionais, baixar regras de nível legal ou infralegal, para disciplinar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade das pessoas, compatibilizando-o com o bem comum. Para que o exercício dos direitos de uns não prejudique o exercício dos direitos de outros, permite-se que o Estado expeça regras, harmonizando este exercício com o interesse público primário.” (“Curso de Direito Constitucional Tributário”, Malheiros Editores, 11ª edição, págs. 327/329)

Conforme se infere, inserem-se entre as atribuições da Agência Nacional de Vigilância Sanitária a instituição de taxa, reflexo do exercício do poder de polícia. Nesse universo de atribuições, a ANVISA editou a Resolução nº 238/2001 que dispõe sobre as bases e critérios para Autorização de Funcionamento dos estabelecimentos de dispensa de medicamentos - farmácias e drogarias.

Dentre os requisitos para a emissão da autorização de funcionamento estão, conforme dispõe o artigo 5º, II, III e IV da mencionada resolução, o “Comprovante de pagamento da Taxa de Fiscalização Sanitária”; “Contrato social ou Ata de Constituição registrada na Junta Comercial (...)” e “Cópia do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ”.

Com efeito, não obstante constituir finalidade institucional da Agência Nacional de Vigilância Sanitária a promoção da saúde da população, bem como o controle sanitário da produção e comercialização dos produtos e serviços submetidos à sua vigilância, fins estes que consolidam o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, entendo, levando-se em consideração a cognição sumária

desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, não ter a agravante demonstrado a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada, porquanto empresa - atividade econômica de produção e circulação de bens e serviços - não se confunde com estabelecimento empresarial, vale dizer, elemento da empresa; complexo de bens e direitos jungidos para o desenvolvimento de sua atividade econômica, situação que, *prima facie*, afasta a plausibilidade do direito invocado.

Dessarte, ausentes os pressupostos autorizadores da concessão do efeito suspensivo, impõe-se a manutenção da eficácia da decisão impugnada.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao juízo de origem o teor desta decisão.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Intimem-se.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2007.

MAIRAN MAIA Desembargador Federal Relator

(Decisão publicada no DJU II de 02.03.2007, p. 575).

PAES. EXCLUSÃO DE CONTRIBUINTE DO PROGRAMA. APRESENTAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. AUSÊNCIA DE CERTEZA DO DÉBITO.

PROC.: 2006.03.00.124313-5 AG 288565

ORIG.: 200661190080209 4 Vr GUARULHOS/SP

AGRTE : AUDIFAR COML/ LTDA

ADV: PAULO ROBERTO VIGNA

AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES e MÍRIAM APARECIDA P DA SILVA

ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA DE GUARULHOS > 19 SSJ > SP

RELATOR: DES. FED. ALDA BASTO / QUARTA TURMA

VISTOS EM DECISÃO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da r. decisão proferida em mandado de segurança, que indeferiu pedido liminar, para o fim de suspender os efeitos do ato ADE 14/2006 que determinou a exclusão da empresa agravante do PAES, bem como afastar qualquer sanção fiscal, determinando a reinclusão do referido crédito tributário no referido Programa. A agravante sustenta, em síntese, que embora em dia com o parcelamento, foi excluída do PAES sem que lhe tenha sido proporcionado o direito de sanar eventuais irregularidades formais, ou acesso à ampla defesa e ao contraditório.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Decido.

Busca o agravante através da estreita via da liminar a concessão de ordem para determinar a reinclusão do contribuinte no Programa de Recuperação Fiscal-REFIS. Depreende-se dos autos que a empresa agravante aderiu às regras do PAES, sujeitando-se à aceitação plena e irretirável de todas as condições estabelecidas pelo Fisco. Posteriormente, o beneficiário deixou de cumprir o acordo fiscal, ficando sujeito à exclusão do parcelamento.

Os motivos de convicção do juiz *a quo* estão fundamentados, contudo, as razões trazidas pela agravante são relevantes e demonstram, ao menos em sede de cognição sumária, alguma plausibilidade do direito invocado.

Assim, tem-se presente o requisito en-sajador da requerida antecipação dos

efeitos da tutela, pois o exercício antecipado do direito somente se justifica se ultimado de forma eficaz a garantir o resultado final da demanda.

O PAES foi instituído com vistas a promover a regularização dos créditos da União, relativos aos tributos e contribuições devidos pelas pessoas jurídicas, sendo sua adesão voluntária. Contudo, a benesse estatal foi condicionada, ao preenchimento de todas as formalidades preestabelecidas pela norma em vigor.

Na leitura dos dispositivos atinentes à matéria, temos que a legislação impôs ao contribuinte o cumprimento de todos os requisitos como condição para permanência no referido programa.

No caso, muito embora não se possa admitir que o contribuinte deixe de cumprir as exigências determinadas, mormente pelo fato de que a empresa estava ciente das condições que norteavam o programa, quando de sua adesão, fato é que o contribuinte efetivou os pagamentos, ainda que de maneira incompleta, relativos ao parcelamento, objeto da discussão.

A Constituição Federal não permite que a sanção administrativa, decorrente do Poder de Polícia, possa ser aplicada previamente à defesa administrativa e, além disto, é cabalmente questionável a criação de decisão monocrática irrecorrível, sem respaldo em lei.

Se a administração fazendária atesta a mora de pagamentos do contribuinte dentro do PAES, deve lhe conceder a oportunidade de apresentar defesa antes de aplicar a exclusão do programa, preservando os efeitos suspensivos até a decisão administrativa final.

Não se olvide, outrossim, que, na forma do Direito Tributário, os recursos administrativos têm efeito suspensivo,

o que obsta qualquer sanção antes do devido processo de defesa.

Assim, o ato em questão ao excluir várias pessoas jurídicas inadimplentes, por meio de um único ato administrativo, sem a específica imputação da infração cometida, dos tributos devidos e seus respectivos valores, viola o princípio da legalidade e da necessidade de fundamentação, bem como o princípio do contraditório, em vista de ausência de defesa prévia.

Unicamente, por estes argumentos, a meu ver, verifica-se presente a plausibilidade de direito nas alegações da agravante a justificar sua reinclusão ao PAES, assegurando-lhe o direito de impugnar administrativamente a decisão e ao recurso inerente.

Entretanto, verifico dos autos, a existência de questão prejudicial apta a ensejar, caso acolhida, a nulidade do ato combatido, haja vista que a agravante em março/2005 protocolizou pedido de revisão dos débitos consolidados ao fundamento de duplicidade.

Destarte, constatada a veracidade de tais alegações na esfera administrativa, exsurge a incerteza do valor consolidado utilizado para fundamentar o ato de exclusão por recolhimento a menor (inadimplência).

O perigo de dano está latente porque a exclusão do impetrante implica na imediata cobrança executiva dos débitos parcelados.

Evidentemente, a concessão da liminar permite ao impetrante retomar ao PAES, contudo, não pode o judiciário se substituir à administração, pois o Fisco tem o direito de excluir o impetrante, desde que o faça através de processo administrativo, com decisão fundamentada, onde se assegure o contraditório e a ampla defesa.

Por esses fundamentos, defiro a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para reintegrar a empresa agravante no PAES, suspendendo os efeitos do ato impugnado, determinando à autoridade administrativa que intime o impetrante através de decisão fundamentada sobre as razões da eventual possibilidade de exclusão do PAES, abrindo-lhe prazo para a impugnação administrativa e lhe assegure o direito de recorrer à instância superior, ficando, enquanto isto, suspensa qualquer exigibilidade dos débitos ou sanções fiscais.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada, nos termos do inc. V, do art. 527, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2007.

ALDA BASTO

Desembargadora Federal

Relatora

(Decisão publicada no DJU II de 20.03.2007, p. 533/534).

ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE

CÁLCULO DO PIS E COFINS.

APLICAÇÃO DO PRECEDENTE DO

STF.

PROC.: 2007.03.00.000924-0 AG
289056

ORIG.: 200661000250627 12 Vr SAO
PAULO/SP

AGRTE: União Federal (FAZENDA NA-
CIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES e MÍRIAM
APARECIDA P DA SILVA

AGRD0: DATIQUIM PRODUTOS
QUÍMICOS LTDA

ADV: CLÁUDIO VERSOLATO

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 12 VARA
SAO PAULO Sec Jud SP

RELATOR: DES.FED. ROBERTO HAD-
DDAD / QUARTA TURMA

Vistos, etc.

Trata-se de Agravo de Instrumento in-
terposto pela União Federal contra a r.
decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo*,
em Mandado de Segurança, que deferiu
a liminar pleiteada para determinar a
exclusão dos valores atinentes ao ICMS,
da base de cálculo da COFINS.

Inconformada com a decisão, a agravan-
te interpõe o presente recurso, inclusive
para se valer da possibilidade de deferi-
mento de efeito suspensivo, à luz da atual
disciplina traçada nos artigos 558 e 527,
III do Código de Processo Civil, aduzindo,
em síntese, que a parcela relativa ao ICMS
inclui-se na base de cálculo da COFINS.

Decido:

Nos termos do artigo 558, do Código
de Processo Civil, para a suspensão do
cumprimento da decisão agravada, tal
como autoriza o artigo 527, inciso III,
do mesmo diploma legal, é necessário
que, sendo relevante a fundamentação
da agravante, haja evidências de que tal
decisão esteja a resultar em lesão grave
e de difícil reparação.

Neste juízo de cognição sumária, não
verifico plausibilidade de direito nas
alegações da agravante a justificar o
deferimento do efeito suspensivo plei-
teado.

Revejo meu posicionamento acerca da
questão, para o fim de filiar-me ao en-
tendimento recentemente adotado pelo
Supremo Tribunal Federal no julgamen-
to do RE nº 240.785, o qual, embora
ainda não concluído, sinaliza no sen-
tido da impossibilidade de inclusão do
ICMS na base de cálculo da COFINS e,
por extensão, do PIS.

Ante o exposto, ausentes os requisitos
do art. 558, do CPC, indefiro o efeito
suspensivo pleiteado.

Requisitem-se as informações

Intimem-se a agravada nos termos do
art. 527, V, do CPC.

Após, dê-se vista ao MPF.

Int.

São Paulo, 28 de fevereiro de 2007.

ROBERTO HADDAD

Desembargador Federal

Relator

(Decisão publicada no DJU II de
20.03.2007, p. 535).

MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO
DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO
TRIBUTÁRIO. PROCESSO PRINCIPAL.
PRODUÇÃO DE EFEITOS.

PROC.: 2005.03.00.066216-8 AG
243768

ORIG.: 9814027510 2 Vr FRANCA/SP
AG RT E: União Federal (FAZENDA NA-
CIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES e MÍRIAM
APARECIDA P DA SILVA

AGRDO: SAO PAULO ALPARGATAS
S/A

ADV: ANDRE MARTINS DE ANDRADE

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 2 VARA
DE FRANCA Sec Jud SP

RELATOR: DES. FED. ALDA BASTO /
QUARTA TURMA

Vistos em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento in-
terposto em face de decisão proferida em
execução fiscal, que indeferiu o prosse-
guimento da ação, nos seguintes termos:
“Indefiro o prosseguimento da execução
requerido pela União às fls. 150/151.
Conforme o documento de fls. 250, a
ação de mandado de segurança - pro-
cesso 95.0307519-0 da 2a Vara Federal

de Ribeirão Preto - ainda não transitou em julgado. O crédito tributário continua com a exigibilidade suspensa em razão da fiança prestada pelo Banco Sudameris S/A. Por sua vez, o Relator da ação cautelar junto ao TRF da 3ª Região considerou que a ação principal já estaria definitivamente julgada. Não é o que ocorre. Portanto, devem prevalecer os efeitos da fiança já prestada, com suspensão desta execução fiscal, nos termos do artigo 40, da Lei no 6.830/80, até o julgamento final do mandado de segurança, questão prejudicial pela identidade de fundamentos com os embargos à execução.”

Inconformada com a decisão, a agravante interpõe o presente recurso, inclusive para valer-se da possibilidade de suspensão da decisão agravada, à luz da atual disciplina traçada nos artigos 558 e 527, inciso III, do Código de Processo Civil.

Decido.

Inegável a incorporação da CALÇADOS TERRA LTDA. pela SÃO PAULO ALPARGATAS, ora agravada, como decidido pela Terceira Turma desta E. Corte.

A União Federal se refere expressamente ao Mandado de Segurança nº 95.0307519-0, interposto na Segunda Vara Federal de Ribeirão Preto, cuja liminar deferiu a suspensão dos créditos tributários em discussão, mas no mérito indeferiu a ordem, redundando na inscrição dos créditos em dívida ativa em 13.10.1997.

A apelação atuada nesta Corte sob nº 96.03.044969-5, foi distribuída à Terceira Turma, ao I. Desembargador Federal Baptista Pereira, e para fins de obter nova suspensão de exigibilidade a São Paulo Alpargatas distribuiu Medida Cautelar em dependência, Processo

nº 97.03.055704-0, onde foi deferida liminar para suspender a exigibilidade mediante depósito judicial, depois substituído por fiança bancária.

A medida cautelar, única via onde se deferiu a suspensão da exigibilidade foi declarada extinta, ante o julgamento da apelação a confirmar a sentença. Embora ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado da ação principal, nesta não há suspensão da exigibilidade.

Meu entendimento coincide com o posicionamento do ilustre magistrado *a quo*, pois em tendo ocorrido prestação da fiança na Medida Cautelar interposta nesta Corte, não se pode ignorar a suspensão da exigibilidade prestada mediante depósito ou fiança bancária.

A lei processual civil, art. 807 é bem claro neste dispor:

“Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal, mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.”

Desta forma, enquanto pendente o processo principal não há se falar em extinção da exigibilidade, pois os efeitos da suspensão da exigência fiscal decorrem da prestação de fiança, porque é direito do contribuinte assim proceder para fins de discutir sem sanções fiscais as pendências tributárias.

As cautelares, portanto, conservam sua eficácia até o trânsito em julgado, como frisou a decisão agravada e como se denota dos seguintes julgados:

“Encerrado o processo principal, no qual se amparou o pedido cautelar, extingue-se o processo a este relativo, por perda do objeto.” (RSTJ 147/247)

“Estabelece o art. 807 do CPC que as medidas cautelares conservam sua eficácia na pendência do processo principal. 1 Esta

validade só se extingue quando a sentença ou o acórdão proferido no processo principal transitar em julgado” (STJ, REsp 244.831/SC, 1ª Turma, Rei. Min. Garcia Vieira, j. 6.4.2000, DJU 8.5.2000, p. 71).

Sob estes argumentos, nego o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Intime-se a agravada nos termos do artigo 527, V, do CPC.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 20 de março de 2007.

Alda Basto

Desembargadora Federal

Relatora

(Decisão publicada no DJU II de 20.04.2007, p. 902).

**MANDADO DE SEGURANÇA.
OBTENÇÃO DE CND. OFERECIMENTO
DE GARANTIA APENAS PARA
SUSPENDER A EXIGIBILIDADE
DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.
IMPOSSIBILIDADE.**

PROC.: 2007.03.00.011564-6 AG
292180

ORIG.: 200761000017299 1 Vr SAO
PAULO/SP

AGRTE: União Federal (FAZENDA NA-
CIONAL)

ADV: ELYADIR F BORGES e MÍRIAM
APARECIDA P DA SILVA

AGRDO: CIA DE BEBIDAS DAS AMÉRI-
CAS AMBEV

ADV: LEO KRAKOWIAK

ORIGEM: JUIZO FEDERAL DA 1 VARA
DE SAO PAULO 1ª SSSJ SP

RELATOR: DES.FED. ALDA BASTO /
QUARTA TURMA

Vistos em decisão.

Trata-se de agravo de instrumento in-
terposto em face da r. decisão que, em

autos de mandado de segurança, deferiu o pedido de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos fiscais, nos seguintes termos:

“Pelo exposto, preenchidos os requisitos legais DEFIRO A MEDIDA LIMINAR para determinar a autoridade impetrada que, nos exatos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional, emita a Certidão Positiva de Débitos, com Efeitos de Negativa, desde que não existam outras pendências senão aquelas garantidas pelas cartas de fiança apresentadas neste processo, ressalvado ainda o direito de a Fazenda Nacional executar os créditos tributários, tendo em vista a ausência de discussão quanto à sua exigibilidade nestes autos.”

A agravante sustenta que a garantia dos débitos por meio de fiança bancária não confere o direito à certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa quanto à dívida ativa da União, ainda mais, em razão da existência de outros débitos que não apreciados na decisão impugnada.

Requer a concessão de efeito suspensivo Decido.

Nos termos do artigo 558, do CPC, para o deferimento da tutela pleiteada, tal como autoriza o artigo 527, inciso III, do mesmo diploma legal, é necessário que, sendo relevante a fundamentação da agravante, haja evidências de que tal decisão esteja a resultar em lesão grave e de difícil reparação.

A expedição de certidão negativa de débitos fiscais tem caráter satisfativo e pode criar situações que comprometam não só os interesses do Fisco, mas também de terceiros que assumiram compromissos, confiando na fé pública do documento, e seus créditos ficarão em situação desvantajosa, em face dos privilégios dos créditos fiscais que supunham inexistentes.

Por sua vez, o direito à obtenção da certidão positiva com efeitos de negativa, prevista pelo art. 206 do CTN, pressupõe a suspensão da exigibilidade do crédito, seja pela penhora nos autos da própria execução, seja pela presença de qualquer uma das causas previstas pelo art. 151 do mesmo texto legal, quais sejam: a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos no processo tributário administrativo, a concessão de medida liminar em mandado de segurança e, agora com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, também a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, além do parcelamento, nos termos dos incisos V e VI do referido artigo 151.

Em que pese, esta Relatora entender possível o oferecimento de carta de fiança, a fim de caucionar crédito tributário discutido em juízo, no caso em apreço, não se afigura suficiente.

Com efeito, do exame da exordial a impetrante limita-se, tão-somente, a requerer que os débitos apontados não obstem a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, sem contudo impugnar os pressupostos de certeza, liquidez e exigibilidade e, para tanto, oferece garantia. Pressupondo a aceitação da garantia consubstanciada em cartas de fiança, a rigor, estariam somente garantindo o ato de expedição de certidão e não os débitos.

Destarte, na hipótese de improcedência da demanda, não há valor a se executar, já que não se pode mensurar o valor do ato. Ou seja, a garantia oferecida é absolutamente inexecutável para qualquer finalidade.

Nesse aspecto, não havendo discussão

atinentes à presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário inscrito na dívida ativa, é certo, que o débito é exigível e, portanto, não merece prosperar o pedido de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa feito na via estreita do mandado de segurança.

Portanto, o ato combatido no writ se afigura revestido de legalidade, de modo a justificar a suspensão da eficácia da decisão impugnada. Por estes fundamentos, concedo o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao Juízo *a quo*. Publique-se.

Intime-se a agravada (art. 527, V, do CPC).

Int. Int. Oportunamente, ao MPF.

São Paulo, 28 de março de 2007.

Alda Basto

Desembargadora Federal

Relatora

(Decisão publicada no DJU II M de 20.04.2007, p. 909/910).

EXECUÇÃO FISCAL. INADIMPLÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO SÓCIO.

RECURSO ESPECIAL Nº 656.875 - SP (2004/0055313-6)

RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE: ROBERTO DIAS DA SILVA

ADVOGADO: GUILHERME CEZAROTI E OUTROS

RECORRIDO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: ANNA CARLA AGAZZI E OUTROS

DECISÃO

Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Inadimplência de obrigação tributária. Responsabilidade objetiva. Impossibilidade. Art. 135 do CTN. Aresto objurgado em descompasso com o entendimento firmado neste Superior Tribunal de Justiça. Violação do art. 535 do CPC não-configurada. Recurso parcialmente provido.

1. Trata-se de recurso especial interposto por ROBERTO DIAS DA SILVA, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“AGRAVO - Execução fiscal - Exclusão de sócio - Hipótese de encerramento das atividades sem o cumprimento das obrigações com o Fisco, à época da sociedade - Inadmissibilidade - Decisão mantida - Recurso improvido.” (fl. 77)
O recorrente opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados, nos seguintes termos:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegação de omissões - Inexistência - Pretensão infringente - Os embargos de declaração não têm por finalidade o reexame da decisão judicial, e sim a eliminação de obscuridade, omissão ou contradição - Se o acórdão não está afetado por nenhum desses vícios, os embargos não podem ser recebidos - Rejeitaram os embargos.” (fl. 95)

Nas razões recursais, aponta o recorrente, além de dissídio jurisprudencial, contrariedade aos arts. 135, III, do Código Tributário Nacional e 10 do Decreto 3.708/19, sustentando que não se admite a responsabilização pessoal do sócio-gerente tão-somente em razão do não-pagamento do tributo devido, deve ser comprovada a má-fé na gestão dos negócios.

Assim, o entendimento firmado pelo c. Tribunal de origem acerca da responsabilidade objetiva do sócio deve ser reformado nesta instância especial, porquanto divergente da jurisprudência dominante deste Tribunal Superior. Acrescenta que, na hipótese de não se considerar prequestionados os dispositivos legais apontados como violados, deve ser anulado o acórdão proferido em embargos de declaração, por ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil.

Apresentadas as contra-razões e inadmitido o recurso, vieram os autos a este Tribunal, em razão de provimento em agravo de instrumento.

É o relatório.

2. É pacífico, neste Tribunal, o entendimento de que não viola o 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia que lhe foi apresentada.

Na hipótese dos autos, ainda que o e. Tribunal *a quo* não tenha feito menção expressa aos dispositivos legais apontados como violados, decidiu a lide exatamente sobre o tema neles tratado, o que preenche o requisito do prequestionamento, pois a questão controvertida foi decidida na instância de origem, não obstante tenha o nobre julgador deixado de indicar explicitamente os dispositivos legais que sustentaram a decisão proferida.

3. Com relação à violação dos arts. 135, III, do Código Tributário Nacional e 10 do Decreto 3.708/19 e ao alegado dissídio jurisprudencial, este Superior Tribunal de Justiça tem como pacífico o entendimento de que somente será possível o redirecionamento da execução à

pessoa do sócio-gerente nos casos em que houver provas de que esse agiu com excesso de mandato, infringência à lei, ao contrato social ou aos estatutos. Isso porque se trata de responsabilidade subjetiva, não sendo motivo bastante à adoção da medida o simples inadimplemento das obrigações tributárias pela empresa executada.

Desse modo, equivocadamente decidiu o Tribunal de origem ao expressar o entendimento no sentido da prevalência da responsabilidade objetiva do sócio-gerente, no que concerne ao inadimplemento tributário:

“Conforme esclarecido pela exequente, a agravante encerrou suas atividades sem antes cumprir com suas obrigações como contribuinte. E o próprio agravante informa que eram cobrados ICMS referente a 12/91, 12/92 e 12/93, época em que estava ainda na sociedade. Somente a última parcela se referiria a época posterior ao desligamento.

Vem prevalecendo nos Tribunais o entendimento de que o sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada por substituição é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não-recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita.” (fls. 77-78)

Neste sentido, confirmam-se os recentes julgados deste Pretório:

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 6.938/81. OFENSA. NÃO-OCORRÊNCIA. SÓCIOS-GERENTES. RESPONSABILIDADE. ART. 135 DO CTN VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A responsabilidade objetiva prevista pelo art. 14, parágrafo único, da Lei n. 6.938/81, refere-se tão-somente à pessoa do “poluidor”, no caso, a sociedade limitada. Para fins de responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, o que se deve levar em conta é o disposto no art. 135 do CTN.

2. A imputação da responsabilidade prevista no art. 135 do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à comprovação das demais condutas nele descritas: prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

3. Tendo o Tribunal *a quo* sido expresso em afirmar que não foi demonstrada nos autos nenhuma das hipóteses do art. 135 do CTN, faz-se necessário reexaminar o contexto fático-probatório dos autos para se chegar a entendimento diverso, o que, a teor da Súmula n.7/STJ, é vedado.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.”

(REsp 792.508/SP, 2ª Turma, Rei.

Min. João Otávio de Noronha, DJ de 1º.2.2006, p. 514).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 557 DO CPC. E 135 DO CTN. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 338 DO CÓDIGO COMERCIAL E 32, II, ‘B’, DA LEI 8.934/94 NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE. SÚMULA 282 STF. PRECEDENTES. - O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte, por isso não ocorre a alegada violação ao art. 557 do CPC.

- O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa

somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto.

- A configuração do questionamento envolve a emissão de juízo decisório sobre a questão jurídica controvertida, não bastando a simples menção ou referência pelo acórdão recorrido dos dispositivos tidos por violados.

- Recurso especial conhecido, mas improvido.” (REsp 521.707/RS, 2ª Turma, Rei. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 17.10.2005).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO. ATO COM EXCESSO DE PODER OU INFRAÇÃO A LEI, CONTRATO SOCIAL, ESTATUTO, OU QUE REDUNDE NA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA. COMPROVAÇÃO.

I - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o diretor, gerente ou representante de sociedade só pode ser responsabilizado pelo não-pagamento de tributo, respondendo com o seu patrimônio, se comprovado, pelo Fisco, ter aquele praticado, no comando da sociedade, ato com excesso de poder ou infração a lei, contrato social, estatuto, ou, ainda, que redunde na dissolução irregular da sociedade.

II - As hipóteses de responsabilidade tributária previstas no artigo 135 do CTN não se fundam no mero inadimplemento da sociedade, mas na conduta dolosa ou culposa, especificamente apontada pelo legislador, por parte do gestor da pessoa jurídica. Portanto, dentre os requisitos para a caracterização da responsabilidade tributária do sócio-gerente, inclusive na hipótese de dissolução irregular da

sociedade, está o elemento subjetivo, ou seja, a atuação dolosa ou culposa.

III - Precedentes: REsp nº 184.325/ES, Rei. p/ Acórdão Min. ELLANA CALMON, DJ de 02/09/2002 e REsp nº 260.524/RS, Rei. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 01/10/2001.

IV - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 739.717/MG, 1ª Turma, Rei. Min. Francisco Falcão, DJ de 3.10.2005, p. 151).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISÃO NO JULGADO. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. INADIMPLEMENTO DE TRIBUTO. DEVER DE REQUERER AUTOFALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora não configura, por si só, circunstância que acarrete a responsabilidade solidária dos terceiros, nomeadamente dos sócios-gerentes, pelos débitos tributários da empresa (art. 135 do CTN). Precedentes: REsp 505968/SC, 2ª Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 13. 06.2005; REsp 228030/PR, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 13.06.2005.

3. A ofensa à lei, que pode ensejar a responsabilidade do sócio, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a que tem relação direta com a obrigação tributária objeto da execução. Não se enquadra nessa hipótese o descumprimento do dever legal do administrador de requerer a

autofalência (art. 8º do Decreto-lei nº 7661/45).

4. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 644.09 2/RS, 1ª Turma, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.9.2005) .

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Há de ser mantido o entendimento segundo o qual não é cabível o redirecionamento da execução quando não houver comprovação de que o sócio-gerente agiu com excesso de mandato ou infringência à lei, ao contrato social ou ao estatuto, não sendo o simples não-recolhimento do tributo sendo suficiente para caracterizar infração à lei.

2. Precedentes desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no Ag 591.530/RS, 1ª Turma, Rei. Min. José Delgado, DJ de 18.4.2005) .

Portanto, configurada a violação dos arts. arts. 135, III, do Código Tributário Nacional e 10 do Decreto 3.708/19 e presente o dissenso pretoriano, merece reforma o acórdão impugnado.

4. Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, para excluir o recorrente do pólo passivo da execução fiscal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 18 de abril de 2007.
MINISTRA DENISE ARRUDA
(Decisão publicada no DJU de 24.04.2007, p. 350/351).

EMENTAS

IMPORTAÇÃO DE AERONAVE ATRAVÉS DE FEDERAÇÃO DESPORTIVA. UTILIZAÇÃO POR PESSOA FÍSICA. EVASÃO FISCAL CARACTERIZADA.

APELAÇÃO CÍVEL. 1997.01.00.055708-7/DF

RELATOR(A): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO
RELATOR (A): JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO (CONVOCADO)
(Resolução 600-022 PRESI)

APELANTE: FEDERACAO AUTOMOBILÍSTICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO: JOSE AUGUSTO OLIVEIRA SANTOS E OUTRO (A)

APELANTE: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES ROLO
APELADO: OS MESMOS

Ementa

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE NATUREZA DESPORTIVA. ISENÇÃO. ART. 13 DA LEI 7.752/89. SITUAÇÃO DE FATO DIVERGENTE. EVASÃO FISCAL CONFIGURADA. LEGALIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO.

1. Não há ausência de garantia da execução quando, na ocasião da penhora, o bem foi avaliado em valor suficiente para cobrir o valor original do débito e os acréscimos legais.

2. É concedida isenção do imposto de importação à pessoa jurídica de natureza desportiva na aquisição de equipamentos e materiais desportivos de fabricação estrangeira, sem qualidades e características similares nacionais, para

uso próprio, conforme dicção literal do art. 13 da Lei 7.752/89.

3. Ocorre evasão fiscal ilícita, quando o contribuinte procura furta-se do pagamento de tributo por prática de atos ilícitos, utilizando-se de fraude, simulação ou outro tipo de impostura tendente a fugir da devida tributação.

4. Situação em que pessoa física não abrangida pela isenção do imposto de importação adquire veículo com seu dinheiro e para seu uso, utilizando-se do nome de pessoa jurídica beneficiária da isenção para a transação, demonstra a tentativa de se esquivar do pagamento da exação e configura a hipótese de evasão ilícita, confirmando a legalidade do título executivo.

5. Apelações da União e da embargada a que se nega provimento.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações da União e da embargada, nos termos do voto do Relator.

Brasília/DF, 17 de novembro de 2006.

Juiz Federal Mark Yshida Brandão

Relator convocado

(Ementa publicada no DJU II de 11.12.2006, p. 119).

CRÉDITO DE ICMS. DECISÃO
JUDICIAL RECONHECENDO QUE
A OPERAÇÃO ANTERIOR ERA
ISENTA. ESTORNO ANTES DA
HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO.
POSSIBILIDADE.

RECURSO ESPECIAL Nº 598.936 - RS
(2003/0185186-2)

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE: ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

PROCURADOR: MARISA KAMINSKI

MARQUES PINTO E OUTROS
RECORRIDO: PAGLIARIN E COMPANHIA LTDA

ADVOGADO: EDUARDO ANTÔNIO FELKL KUMMEL E OUTROS

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS DE ENTRADA. ESTORNO. DECISÃO JUDICIAL QUE RECONHECEU ISENTA A OPERAÇÃO QUE GERARA OS CRÉDITOS APÓS A ESCRITURAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRAZO DE HOMOLOGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. No lançamento por homologação, realizado o pagamento antecipado pelo contribuinte, dispõe o fisco do prazo de cinco anos para homologar o que foi pago ou lançar a diferença caso o pagamento tenha sido efetuado a menor.

2. O pagamento realizado nos termos do art. 150 do CTN somente se torna definitivo após a homologação expressa da autoridade fiscal ou o decurso de cinco anos sem manifestação do Fisco, quando se opera a homologação tácita do pagamento antecipado pelo contribuinte.

3. Na hipótese, o contribuinte escriturou créditos de ICMS de 1995 a 1998 em virtude da aquisição de mercadorias tributadas pelo imposto e fez o pagamento levando em conta o aproveitamento desses valores em sua escrita fiscal. Posteriormente, teve seus créditos glosados e foi notificado para pagar a diferença, já que a operação que havia gerado os créditos foi declarada isenta por decisão judicial transitada em julgado.

4. Embora entendesse o Fisco, à época da escrituração dos créditos, que as operações com embalagens personalizadas

eram tributadas pelo imposto, esse fato, por si só, não retira do Fisco o direito de recusar homologação ao pagamento antecipado pelo contribuinte, ainda que a mudança de entendimento tenha sido forçada por decisão judicial posterior à escrituração dos créditos e seu conseqüente aproveitamento.

5. É viável o estorno dos créditos, assim como o lançamento de ofício da diferença apurada, realizado no prazo de cinco anos de que dispunha o Fisco para homologar o pagamento antecipado pelo contribuinte, em estrita observância ao art. 150, *caput* e § 4º, do CTN.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentaram oralmente Dr. RICARDO VOLLBRECHT (protestará por Juntada), pela parte: RECORRIDO: PAGLIARIN E COMPANHIA LTDA.

Brasília, 21 de novembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

(Ementa publicada no DJU de 27.02.2007, p. 241).

RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-REALIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL VIGENTE À ÉPOCA. IMPOSSIBILIDADE DE POSTERIOR COBRANÇA DO TOMADOR DE SERVIÇO.

IV - APELAÇÃO CIVEL

2004.51.01.012139-3

RELATOR: JUIZ FEDERAL CONVOCADO

JOSE NEIVA/Nº AFAST. RELATOR

APELANTE: GLOBEX UTILIDADES S/A

ADVOGADO: RENATO CORTES NETO E OUTROS

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: AUGUSTO FREDERICO C DO C SOUTO MAIOR

ORIGEM: PRIMEIRA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (200451010121393)

Ementa

TRIBUTÁRIO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL APLICAÇÃO DO §3º DO ART. 515 DO CPC. DEPÓSITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. ART. 151, n, DO CTN. INTERESSE DE AGIR. LEI Nº 9.711/98. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DAS NOTAS FISCAIS OU FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, EXECUTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. LIMINARES E SENTENÇAS DE MÉRITO FAVORÁ-VEIS ÀS PRESTADORAS DE SERVIÇO IMPEDINDO A RETENÇÃO POR PARTE DO TOMADOR. INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 100/2003. ART. 186, INCISO I. RESPONSABILIDADE DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO.

1. A sentença recorrida julgou extinto o processo, sem exame do mérito, por ausência de interesse de agir. Nestes casos, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa estiver em condições de imediato julgamento (§3º do art. 515 do CPC), como ocorre no caso concreto.

2. O depósito em Juízo do montante integral discutido na presente ação anulatória é um direito subjetivo da parte autora para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Ressalte-se que a propositura de execução fiscal não obsta o exercício da faculdade do depósito integral tendente à suspensão da exigibilidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Assentou a eminente Ministra Eliana Calmon que, “se a ação anulatória está acompanhada de depósito integral do devido, não há possibilidade de prosseguir-se com a execução que fica paralisada, se já ajuizada, ou há empecilho para a sua propositura, se o depósito, na anulatória, anteceder à execução” (REsp 174.000/RJ, DJ 25/06/2001).

3. No caso presente, as execuções fiscais foram propostas em 28/03/2005 (processo n.º 2005.51.01.502094-7 - 4a VFEF), 05/04/2005 (processo n.º 2005.51.01.502076-5 - 4a VFEF) e 30/03/2005 (processo n.º 2005.51.01.509048-2 - 6a VFEF), e o depósito integral do crédito correspondente ao valor total das NFLDs 35.492.739-6, 35.492.740-0, 35.492.744-2, 35.492.746-9 e 35.492.823-6 realizado em 21/06/2005, razão pela qual encontram-se suspensas as execuções fiscais n.ºs 2005.51.01.502094-7 e 2005.51.01.502076-5, sendo certo que a de n.º 2005.51.01.509048-2 aguarda manifestação do INSS sobre o depósito judicial efetivado nestes autos.

4. A parte autora (tomadora de serviços) foi autuada por não ter efetuado, nos termos da Lei n.º 9.711/98, a retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais, faturas e recibos relativos a serviços que lhe foram prestados por empresas mediante cessão de mão-de-obra, abrangendo o lançamento fiscal as competências 02/99 a 04/2001.

5. Na presente ação, não se insurge a autora contra o mecanismo de arrecadação previsto na Lei n.º 9.711/98, sendo certo que a retenção de 11% somente deixou de ser efetivada em razão de liminares e sentenças de mérito favoráveis às prestadoras de serviço, impedindo a aludida retenção. Dessa forma, não se mostra lícita a cobrança pelo INSS do percentual de 11% sobre valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, no período em que ainda vigoravam as decisões judiciais, cabendo ressaltar que a parte autora não recebeu intimação judicial comunicando a cassação ou reforma das aludidas decisões, apenas tomando ciência de tal fato com o recebimento dos ofícios enviados pelo INSS.

6. Deixando o tomador de serviços de fazer a retenção prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212/91, por força de medida judicial, não pode ser obrigado a efetuar o recolhimento dos valores correspondentes, no caso de cassação da referida medida.

7. Ademais, a exigência fiscal seria descabida diante da Instrução Normativa n.º 100/2003 (art. 186, inciso I). Havendo decisões judiciais à época vedando a aplicação da retenção pela tomadora de serviços, a prestadora de serviços será a única responsável pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços, em virtude da revogação das liminares, o que impõe a anulação dos lançamentos tributários que originaram as NFLDs n.ºs 35.492.739-6, 35.492.740-0, 35.492.744-2, 35.492.746-9 e 35.492.823-6.

8. Apelo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a. Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 13 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

JOSÉ ANTONIO LISBOÁ NEIVA

Juiz Federal Convocado

(Ementa publicada no DJU II de

02.03.2007, p. 351).

PIS. COFINS. RECEITA DE ADMINISTRAÇÃO DE SHOPPING CENTER. ALUGUEL PERCENTUAL. DIVERGÊNCIA ENTRE DAS TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 662.978 - PE (2005/0175323-9)

RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO

EMBARGANTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: CLÁUDIA APARECIDA

DE SOUZA TRINDADE E OUTROS

EMBARGADO: SHOPPING CENTER TACARUNA S/A

ADVOGADO: NÍVEA BEZERRA CAVALCANTI BOECKMANN E OUTRO

EMBARGADO: SHOPPING CENTER TACARUNA S/A

Ementa

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. VALORES RECEBIDOS POR ADMINISTRAÇÃO DE SHOPPING CENTER A TÍTULO DO DENOMINADO "ALUGUEL PERCENTUAL". TRIBUTAÇÃO EM RAZÃO DE PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE DISSENSO PRETORIANO. ACÓRDÃO PARADIGMA QUE EXAMINA SITUAÇÃO SEMELHANTE A

VERSADA NOS AUTOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. Em exame embargos de divergência manejados pela Fazenda Nacional, em oposição a acórdão que, ao apreciar o recurso especial adotou exegese segundo a qual, sobre o valor de aluguel percentual pago pelos lojistas à administração de *shopping center*, não há possibilidade de tributação em razão do PIS e da COFINS. Na decisão que admitiu o apelo, a controvérsia mereceu o resumo seguinte:

"A Fazenda Nacional, em sede de Embargos de Divergência, alega (fls. 407/408):

"Trata-se de acórdão da 2ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça que entendeu que 'não há base impositiva para a incidência do PIS e da COFINS pela empresa que administra *shopping center* sobre o valor pago pelos lojistas, a título de aluguel percentual pela ocupação das unidades comerciais', em acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. LEI 9.718/98. SHOPPING CENTER. ADMINISTRAÇÃO. BASE IMPOSITIVA. INOCORRÊNCIA.

1. Não há base impositiva para a incidência do PIS e da COFINS pela empresa que administra *shopping center* sobre o valor pago pelos lojistas, a título de aluguel percentual pela ocupação das unidades comerciais. Precedente da Turma: RESP 178.908/CE, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ de 11.12.2000.

2. Recurso especial provido.

Contudo, o referido aresto encontra-se divergente do acórdão da 1ª Turma, proferido no RECURSO ESPECIAL Nº 693.175/SP (2004/0134144-0), O Relator: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, julgado em 18 de agosto de 2005 e publicado em 03 de outubro de 2005, no seguinte sentido:

TRIBUTÁRIO. SHOPPING CENTER. ALUGUEL DE LOJAS E COMERCIALIZAÇÃO DE IMÓVEIS. COFINS. INCIDÊNCIA.

1. Está pacificado o entendimento segundo o qual as receitas decorrentes de atividade de venda e locação de bens imóveis sujeitam-se à incidência da COFINS, por integrarem esses valores o faturamento da empresa, compreendido como o resultado econômico da atividade empresarial exercida. Precedentes: REsp nº 662.397/PE, Rei. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 01/02/2005; AgRg no AG nº 596.805/PR, Rei. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 28/02/2005 e EDcl no Ag Rg no REsp nº 624.695/PE, Rei. Min. LUIZ FUX, DJ de 02/05/2005.

II. Recurso especial improvido.

2. A divergência que se entende instalada se refere à pretendida incidência de PIS e COFINS sobre o denominado “aluguel percentual” recebido por administradores de shoppings.

3. No contrato de aluguel percentual, que incide sobre o faturamento bruto gerado pela atividade comercial do lojista, é estabelecido percentual a ser pago à empresa administradora ou proprietária do shopping. Contudo, o valor que o *shopping* recebe não foi objeto, em momento anterior, de tributação do PIS e da COFINS, no âmbito da própria empresa contribuinte. Em verdade, o percentual aplicado é, apenas, uma técnica ajustada para apurar o valor do aluguel.

4. O fato, por si só, de ser adotado mecanismo incomum (o de percentual sobre o faturamento do locatário) para apurar o valor do aluguel devido não influi na relação jurídica tributária. Há, não se pode obscurecer uma receita para o *shopping center*. Pouco importa que a apuração dessa receita seja feita em forma de percentual ou fixo. O que há de ser considerado é o fato

de que o lojista efetua o pagamento de um aluguel ao *shopping center*, em período mensal, em decorrência de um contrato de natureza específica que foi celebrado.

5. Nesse contexto, é de direito que prevaleça a tese dos acórdãos apresentados como paradigmas, isto é, de que há incidência do PIS/COFINS sobre os valores recebidos pelos *shopping centers*, a título de aluguel dos lojistas, seus inquilinos.

6. Embargos de divergência acolhidos. Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2006 (Data do Julgamento)

MINISTRO JOSÉ DELGADO

Relator

(Ementa publicada no DJU de 05.03.2007, p. 255).

VEDAÇÃO AO APROVEITAMENTO

DE CRÉDITOS DE ICMS. VEDAÇÃO

AO APROVEITAMENTO DOS

REFERIDOS CRÉDITOS. AUSÊNCIA

DE CONVÊNIO DO CONFAZ.

INCONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.312-3 (496)

PROCED.: MATO GROSSO

RELATOR: MIN. EROS GRAU
REQTE(S): GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL

ADV. (A/S): PG-DF - MARIA DOLORES SERRA DE MELLO MARTINS E OUTRO(A/S)

REQDOJA(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 16.11.2006.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO N. 989/03, EDITADO PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA FIXAR A ALÍQUOTA DO ICMS, NOS TERMOS DO PRECEITO DO ARTIGO 155, § 2º, INCISOS IV E V, DA CB/88. ICMS. IMPOSTO NÃO-CUMULATIVO. A CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS, SEM A PRÉVIA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL, AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O decreto n. 989/03, do Estado do Mato Grosso, considera como não tendo sido cobrado o ICMS nas hipóteses em que a mercadoria for adquirida nos Estados do Espírito Santo, de Goiás, de Pernambuco e no Distrito Federal.

2. O contribuinte é titular de direito ao crédito do imposto pago na operação precedente. O crédito há de ser calculado à alíquota de 7% se a ela efetivamente corresponder o percentual de tributo incidente sobre essa operação. Ocorre que,

no caso, a incidência dá-se pela alíquota de 12%, não pela de 7% autorizada ao contribuinte mato-grossense.

3. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a concessão unilateral de benefícios fiscais relativos ao ICMS, sem a prévia celebração de convênio intergovernamental, nos termos do que dispõe a LC 24/75, afronta ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Precedentes.

4. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o decreto n. 989/2003, do Estado do Mato Grosso. (Ementa publicada no DJU de 09.03.2007, p. 25).

COFINS. LEI N. 9718/98. AÇÃO RESCISÓRIA. MEDIDA CAUTELAR PARA AFASTAR OS EFEITOS DA DECISÃO RESCINDIDA. AFASTAMENTO DA SÚMULA N. 343 DO STF.

MEDIDA CAUTELAR Nº 2006.01.00.012236-4/MG

Processo na Origem: 200601000103782

RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA

REQUERENTE: NACIONAL COMERCIO E EMPREENDIMIENTOS LTDA

ADVOGADO: CIBELE MARGARIDA DE PAULA CAMPOLINA E OUTRO(A)

REQUERIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES

ROLO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL À AÇÃO RESCISÓRIA. COFINS. § 1º DO ART. 3º DA LEI 9.718/98. RECEITA BRUTA. FATURAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. CPC, ART. 485, INCISO IX.

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF. INCONSTITUCIONALIDADE POSTERIOR DECLARADA PELO STF. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. PEDIDO PROCEDENTE.

1. A medida cautelar tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo principal, sendo indispensável a presença simultânea do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* para a sua procedência. Presentes os dois requisitos, julga-se procedente o pedido.

2. “O entendimento predominante nesta Corte é o de que a Súmula n. 343/STF não impede o julgamento da rescisória em que a alegada violação, pelo julgado rescindendo, for a dispositivo da Constituição.” AR 1999.01.00.011479-0/DF. Preliminar que se rejeita.

3. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que contribuições para o custeio da seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária quando inseridas nas hipóteses do art. 195, inciso I, da Constituição Federal. Lei complementar somente é exigível na hipótese do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, ou seja, no caso de instituição de novas fontes para o custeio da seguridade social (RE n. 146733).

4. Prevalece, portanto, a fim de determinação da base de cálculo da COFINS, o art. 2º da Lei Complementar 70/91, que considera faturamento somente a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Precedentes deste Tribunal.

5. Pedido procedente.

ACÓRDÃO
Decide a Seção, à unanimidade, julgar procedente o pedido.

4ª Seção do TRF da 1ª Região - 14/02/2007.

Desembargador Federal LEOMAR AMORIM
Relator

(Ementa publicada no DJU II de 09.03.2007, p. 4).

PIS. COFINS. REGIME CUMULATIVO.

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS.

ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO. CLÁUSULA DE REAJUSTE. REQUISITOS DO ART. 10, XI, B, DA LEI 10.833/03. INSTRUÇÃO NORMATIVA 658/06. ILEGALIDADE.

REMESSA EX OFFICIO EM MS N. 2005.36.00.012532-2/MT

RELATOR (A): DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO
IMPETRANTE: ITIQUIRA ENERGETICA S/A

ADVOGADO: LEONARDO RANDAZZO NETO E OUTROS(AS)

IMPETRADO: FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: JOSE LUIZ GOMES

ROLO

REMETENTE: JUIZO FEDERAL DA 2ª VARA - MT

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. PERMANÊNCIA NO REGIME DA CUMULATIVIDADE.

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA. PREÇO PREDETERMINADO.

CLÁUSULA DE REAJUSTE. REQUISITOS DO ART. 10, XI, B, DA LEI 10.833/03.

INSTRUÇÃO NORMATIVA 658/06. INADEQUAÇÃO.

COMPENSAÇÃO. TAXA SELIC.

1. A Secretaria da Receita Federal, ao editar as INs SRF 468/04 e 658/06, impediu que contratos, embora se

subsumindo as hipóteses previstas na Lei 10.833/03, usufruam o regime da cumulatividade, uma vez que alterou o conceito de preço predeterminado, ao entender que a mera atualização monetária acarreta mudança no preço.

2. O preço predeterminado em contrato não perde sua natureza simplesmente pela previsão de reajuste decorrente da correção monetária. Se a pretensão do legislador, a partir da Lei 10.833/03, fosse não abarcar, na hipótese em estudo, os contratos com preço pre-estabelecido e cláusula de reajuste, o termo apropriado seria preço fixo, que não se confunde com o preço predeterminado.

3. Essa desclassificação da natureza jurídica dos contratos com preço pré-estabelecido pela Receita Federal encontra óbice na inadequação do veículo utilizado: a instrução normativa.

4. Diante da evolução da legislação reguladora da compensação tributária, resta autorizada a compensação de créditos decorrentes do recolhimento indevido a título de PIS e COFINS na sistemática da não-cumulatividade, corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, com qualquer tributo arrecadado e administrado pela Secretaria da Receita Federal, ainda que o destino das arrecadações seja outro,- nos termos do art. 74 da Lei 9.430/96.

5. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Relatora. Brasília/DF, 27 de fevereiro de 2007.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Relatora
(Ementa publicada no DJU II de 09.03.2007, p. 160/161).

CSLL. IMUNIDADE DAS RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. ABRANGÊNCIA DO ART. 149, § 2º, I, DA CF/88. EC N. 33/2001.

AC - 375566/CE - 2004.81.00.015705-4
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA

ORIGEM: 10ª Vara Federal do Ceará
APTE: NOLEM COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADV/PROC : SILVIA PAULA ALENCAR DINIZ e outro

APDO: FAZENDA NACIONAL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CSLL. RECEITAS DE EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE. ART. 149, §2º, I, DA CF.

I - O art. 149, §2º, I, da CF, acrescentado pela Emenda Constitucional 33/2001, ao dizer que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas oriundas de exportação, não quis restringir o seu alcance às contribuições cobradas sobre a receita bruta, mas apenas que os valores auferidos pelo contribuinte em face de tais operações devem ser excluídos da tributação. Abrange, assim, a CSLL, de cuja base de cálculo (lucro líquido) afastar-se-á o montante decorrente da venda de produtos para o exterior.

II - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a Terceira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do voto do Relator e notas taquigráficas

que integram o presente julgado.

Recife, 26 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Desembargador Federal Edilson Nobre (Convocado)

Relator

(Ementa publicada no DJU II de 13.03.2007, p. 522).

PIS E COFINS IMPORTAÇÃO.

LEI Nº 10.865/2004.

INCONSTITUCIONALIDADE DA

INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE

CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES.

RECONHECIMENTO PELO PLENÁRIO

DO TRF 4ª REGIÃO.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AC Nº 2004.72.05.003314-1/SC

RELATOR: Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

APELANTE: IND/ DE RELOGIOS HERWEG S/A

ADVOGADO: Celso Meira Junior e outros

APELADO: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO: Simone Anacleto Lopes
EMENTA

INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PIS E COFINS - IMPORTAÇÃO - ART. 7º, I, DA LEI Nº 10.865/2004.

1 - A Constituição, no seu art. 149, § 2º, III, a, autorizou a criação de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico sobre a importação de bens ou serviços, com alíquotas *ad valorem* sobre o valor aduaneiro.

2 - Valor aduaneiro é expressão técnica cujo conceito encontra-se definido nos arts. 75 a 83 do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002, que instituiu o

valor Regulamento Aduaneiro.

3 - A expressão "*acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembarço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*", contida no inc. I do art. 7º da Lei nº 10.865/2004, desbordou do conceito corrente de valor aduaneiro, como tal considerado aquele empregado para o cálculo do imposto de importação, violando o art. 149, § 2º, III, a, da Constituição.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencidos os Desembargadores Federais Nêfi Cordeiro, Maria Lúcia Luz Leiria, Wilson Darós e Marga Barth Tesler, declarar a inconstitucionalidade da expressão "*acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembarço aduaneiro e do valor das próprias contribuições*", constante do inc. I do art. 7º da Lei nº 10.865/2004, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2007.

Des. Federal ANTÔNIO ALBINO RAMOS DE OLIVEIRA

Relator

DE 14.03.2007

IOF. IMUNIDADE. ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 150, VI, C, CF/88. AFASTAMENTO DO DECRETO N. 2219/97.

PROC.: 1999.61.00.024825-0 AMS
208215
ORIG.: 13 Vr SAO PAULO/SP
APTE: União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM
APDO: HOSPITAL ALEMAO OSWALDO CRUZ
ADV: RICARDO LACAZ MARTINS
REMTE: JUIZO FEDERAL DA 13 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
RELATOR: DES. FED. MÁRCIO MORAES / TERCEIRA TURMA
EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS. ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CF. ART. 14 DO CTN. DECRETO 2.219/97.

1. Para gozar da imunidade estipulada no art. 150, os contribuintes devem ser entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos. Devem, ainda, preencher os requisitos estipulados no art. 14 do CTN.

2. Enquadrando-se nos patamares estabelecidos, a instituição tem direito à imunidade, não podendo, o ente público, exigir dela outros pressupostos além desses já previstos em lei.

3. O parágrafo segundo do art. 25 do Decreto 2.219/97 expressamente faz incidir o IOF sobre as operações financeiras das entidades de assistência social.

4. O Decreto 2.219/97, entretanto, contém uma visão distorcida sobre as aplicações financeiras realizadas pelas instituições sem fins lucrativos.

5. A pessoa jurídica não pode ter como

finalidade ou objetivo lucrar, mas isso não significa que esteja impedida de otimizar suas atividades, auferindo renda que possa ser revertida para proveito e incremento da própria instituição.

6. O STF pacificou o entendimento de que a imunidade tributária do art. 150, VI, c, da CF se estende às entidades assistenciais relativamente ao IOF.

7. Apelação da União Federal e Remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima identificadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2007

(Ementa publicada no DJU II de 14.03.2007, p. 243).

REGIME DE ADMISSÃO
TEMPORÁRIA. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. BAIXA DO TERMO DE RESPONSABILIDADE E DA FIANÇA.

PROC.: 1999.61.04.009047-1 AMS
212571
ORIG.: 1 Vr SANTOS/SP
APTE WESTFALIA SEPARATOR DO BRASIL LTDA
ADV: ANDRÉA DE TOLEDO PIERRI
APDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADV: HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM
RELATOR: JUÍZA FED. CONV. ELIANA MARCELO / TERCEIRA TURMA

EMENTA ADMINISTRATIVO. REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE AFRONTA AO REGIME. NACIONALIZAÇÃO DO BEM. BAIXA DO TERMO DE RESPONSABILIDADE E DA FIANÇA.

1. Discute-se o direito à baixa do Termo de Responsabilidade e respectiva fiança, em virtude da nacionalização dos bens importados em regime de admissão temporária.

2. Foi concedido o regime especial de Admissão Temporária à impetrante, para o período de 19/07/1996 a 20/01/1997, oportunidade em que a impetrante assumiu o Termo de Responsabilidade, ofertando a Fiança. Em dezembro de 1996, portanto, dentro do período em que vigia o regime, propôs a prorrogação do prazo de 180, pedido que foi indeferido apenas em 19 de junho de 1997, com a sua ciência em 01/07/1997.

3. A prorrogação do prazo de permanência dos bens no país sob o regime em comento foi requerida dentro do prazo concedido pela lei e antes de sua expiração. A Administração ao conhecer do pedido indeferiu-o, porém, apenas em junho de 1997. Entre a notificação da impetrante do indeferimento e o pedido para a nacionalização do bem, decorrido prazo inferior a trinta dias, não há que se falar em multa, pois não houve o descumprimento do regime, conforme dicção do art. 307 do Regulamento Aduaneiro.

4. Supondo-se o alegado descumprimento do prazo do regime de admissão temporária, o que não ocorreu, tendo a impetrante nacionalizado o bem, com o pagamento dos tributos federais

incidentes sobre os atos de importação, não há porque impedir a baixa do Termo de Responsabilidade e da Fiança, porquanto tais instrumentos garantem o débito tributário, que, na espécie, afigura-se inexistente.

5. Apelação provida para que seja baixado o Termo de Responsabilidade e a Fiança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2007.
(data do julgamento)

(Ementa publicada no DJU II de 14.03.2007, p. 250).

ART. 19 DA LEI Nº 11.033/2004.
EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES PARA
RECEBIMENTO DE PRECATÓRIO.
CRIAÇÃO DE REQUISITO NÃO
PREVISTO NO ART. 100 DA
CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE
DECLARADA PELO STF.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.453-7
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADV. (A/S): ROBERTO ANTÔNIO BUSATO
REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S): ADVOGADO GERAL DA UNIÃO
REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL
INTDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP

ADV.(A/S): MÁRCIO KAYATT

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do voto da Relatora. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Falaram, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Francisco Rezek e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa. Plenário, 30.11.2006.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECATÓRIOS. ART. 19 DA LEI NACIONAL Nº 11.033, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2004. AFRONTA AOS ARTS. 5º INC. XXXVI, E 100 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 19 da Lei n. 11.033/04 impõe condições para o levantamento dos valores do precatório devido pela Fazenda Pública.
2. A norma infraconstitucional estatuiu condição para a satisfação do direito do jurisdicionado - constitucionalmente garantido - que não se contém na norma fundamental da República.
3. A matéria relativa a precatórios não chama a atuação do legislador infraconstitucional, menos ainda para impor restrições que não se coadunam com o direito- à efetividade da jurisdição e o respeito à coisa julgada.
4. O condicionamento do levantamento do que é devido por força de decisão judicial ou de autorização para o depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatório judicial, estabelecido pela norma questionada, agrava o que vem estatuído como dever da Fazenda Pública em face de obrigação que se tenha reconhecido judicialmente em razão e nas condições estabeleci-

das pelo Poder Judiciário, não se mesclando, confundindo ou, menos ainda, frustrando pela existência paralela de débitos de outra fonte e natureza que, eventualmente, o jurisdicionado tenha com a Fazenda Pública.

5. Entendimento contrário avilta o princípio da separação de poderes e, a um só tempo, restringe o vigor e a eficácia das decisões judiciais ou da satisfação a elas devida.

6. Os requisitos definidos para a satisfação dos precatórios somente podem ser fixados pela Constituição, a saber: a requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal que tenha proferido a decisão; a inclusão, no orçamento das entidades políticas, das verbas necessárias ao pagamento de precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano; o pagamento atualizado até o final do exercício seguinte ao da apresentação dos precatórios, observada a ordem cronológica de sua apresentação.

7. A determinação de condicionantes e requisitos para o levantamento ou a autorização para depósito em conta bancária de valores decorrentes de precatórios judiciais, que não aqueles constantes de norma constitucional, ofende os princípios da garantia da jurisdição efetiva (art. 5º, inc. XXXVI) e o art. 100 e seus incisos, não podendo ser tida como válida a norma que, ao fixar novos requisitos, embaraça o levantamento dos precatórios.

8. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(Ementa publicada no DJU de 16.03.2007, p. 20).

TAXA DE HABILITAÇÃO DE
TELEFONE CELULAR. ICMS.
INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE DO
CONVÊNIO ICMS N. 69/98.

RECURSO ESPECIAL Nº 769.569 - MS
(2005/0119350-7)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO
ZAVASCKI

RECORRENTE: AMERICEL S/A

ADVOGADO: MARCELO BRUN BUCKER
E OUTROS

RECORRIDO: ESTADO DE MATO GROS-
SO DO SUL

PROCURADOR: VANELI FABRICIO DE
JESUS GOULIOURAS E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPE-
CIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMEN-
TO. SÚMULA 211/STJ. TRIBUTÁRIO.
ICMS. CONVÊNIO ICMS 69/98. LC
87/96, ART. 2º II. TAXA DE HABILITA-
ÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-INCIDÊNCIA
DO ICMS.

1. A falta de prequestionamento da
questão federal, a despeito da oposição
de embargos de declaração, impede o
conhecimento do recurso especial (Sú-
mula 211 do STJ).

2. A atividade de habilitação de telefone
móvel celular não se enquadra no concei-
to de serviço de telecomunicação do art.
2º, III, da Lei Complementar 87/96 para
fins de incidência de ICMS, sendo ilegí-
tima a inserção dos valores pagos a esse
título na base de cálculo do tributo, como
o fez o Convênio ICMS 69/98. Preceden-
tes de ambas as Turmas da 1ª Seção.

3. Recurso especial parcialmente conhe-
cido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que
são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Primeira Turma do Superior Tri-
bunal de Justiça, por unanimidade, co-
nhecer parcialmente do recurso especial
e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos
termos do voto do Sr. Ministro Relator.
Os Srs. Ministros Denise Arruda, Fran-
cisco Falcão e Luiz Fux votaram com
o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasion-
almente, o Sr. Ministro José Delgado.
Assistiu ao julgamento a Dra. CAMILA
GONÇALVES DE OLIVEIRA pela parte
recorrente: AMERICEL S/A.
Brasília, 1º de março de 2007.
(Ementa publicada no DJU de
19.03.2007, p. 287/288).

ISS. SERVIÇOS GRATUITOS.

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS.

NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO.

MULTA MANTIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

Nº ACÓRDÃO: 1313/2007

Nº DO PROCESSO: 2006200794

Nº DO FEITO: 0198/2006

PROCEDÊNCIA: 12ª VARA CÍVEL

GRUPO: IV - 1ª CÂMARA CÍVEL

RELATORA: DESA. CLARA LEITE DE
REZENDE

REVISOR: DES. JOSÉ ALVES NETO

MEMBRO: DESA. MADELEINE ALVES

DE SOUZA GOUVEIA

PROCURADORA: DRA. MARIA CREU-
ZA BRITO DE FIGUEIREDO

APELANTE: MUNICÍPIO DE ARACAJU

PROC. MUNICÍPIO: GEILSA ALVES

ALMEIDA - OAB: 1621/SE

APELADO: A. L. SANTOS LTDA - COLÉ-
GIO BRASÍLIA

ADVOGADO: JOSÉ FABIANO ALVES -
OAB: 822/SE

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓ-
RIA DE DÉBITO FISCAL. PRELIMINAR

DE CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE PERÍCIA. NÃO-ATENDIMENTO AO CHAMAMENTO JUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA. ISS. SERVIÇOS GRATUITOS. INEXISTÊNCIA DE BASE TRIBUTÁVEL. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS RESPECTIVAS. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. MULTA. I - INERTE O APELANTE-RÉU QUANDO OPORTUNIZADO O EXERCÍCIO DO DIREITO PROCESSUAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS, IMPROCEDENTE A ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA; II - NO MÉRITO, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE BASE TRIBUTÁVEL POR GRATUIDADE DOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS AO ALUNO BOLSISTA, CONFORME COMPROVAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL E FISCAL, HÁ DE SER INDEFERIDO O PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE ANULA AUTO DE INFRAÇÃO QUE ARBITRA BASE DE CÁLCULO DE ISS EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS PRESTADOS A TÍTULO GRATUITO COM FULCRO NO ART. 148 DO CTN. III - A DESPEITO DE AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL (RECOLHIMENTO DO IMPOSTO) PERSISTE A ACESSÓRIA (EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS) COM A RESPECTIVA IMPOSIÇÃO DE MULTA, EM RAZÃO DO SEU DESCUMPRIMENTO (§3º DO ART. 113 DO CTN C/C O ART. 124 DO CTMA). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. À UNANIMIDADE.

Conclusão:

Acorda o grupo IV da Primeira Câmara Cível, sob a presidência da Desembargadora Clara Leite de Rezende, por unanimidade, prover parcialmente o recurso interposto, nos termos do voto proferido pela Excelentíssima Relatora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível nº 0198/2006, onde figuram como parte as acima indicadas. (Ementa publicada no DJ/SE de 21.03.2007, p. 5).

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA.
MUNICÍPIO DO GUARUJÁ.
INSTITUIÇÃO POR EDITAL.
ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE
COMPROVAÇÃO DE VALORIZAÇÃO
DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE DE
COBRANÇA.

APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº
597.221-5/7-00

Voto nº 03837

Comarca: Guarujá

Recte.: Juízo *ex officio*

Apelantes: Cláudio Seiki Ikehara e outros

Advogado: Guilherme Cezaroti

Apelados: Prefeitura do Município do Guarujá e outro

Advogado: Frederico Antonio Gracia

Ementa

APELAÇÃO - Contribuição de Melhoria - Preliminar argüida pela impetrada de inadequação da via eleita rejeitada - Construção de rede coletora de esgoto, coletor tronco, estações elevatórias e emissão de recalque na Bacia II, do Município do Guarujá - Obra baseada no Edital nº 001/99 - Instituição do tributo sem previsão legal, infringindo o disposto no art. 150, I, da Constituição Federal, e art. 82 do Código Tributário Nacional - Impetrada que não demonstrou que a obra valorizou o imóvel do impetrante - Ilegalidade da cobrança do tributo - Incompetência da Câmara para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 028/97 a teor do art. 97 da Constituição Federal

e art. 481 do CPC - Recurso voluntário dos impetrantes parcialmente provido, apenas para declarar a nulidade do lançamento, e improvidos os recursos oficial e da impetrada.

Acordam, em Décima Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: 'DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DOS IMPETRANTES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS OFICIAL E DA IMPETRADA, V.U.', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação

dos Desembargadores RODRIGUES

DE AGUIAR (Presidente, sem voto),

RODRIGO ENOUT e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 19 de outubro de 2006.

Oswaldo Capraro

Relator

(Ementa publicada no DOE de 23.03.2007).

TAXA DE CONTROLE E
FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL - TFA.
DISTRIBUIDORA DE ENERGIA
ELÉTRICA. SUJEIÇÃO PASSIVA.
AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2005.71.00.007696-1/RS

RELATORA : Juíza VÍVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

APELANTE : INSTITUTO BRASILEIRO

DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

ADVOGADO : Luis Gustavo Wasilewski

APELADO : AES SUL DISTRIBUIDORA

GAÚCHA DE ENERGIA S/A

ADVOGADO : Anderson Trautmann Cardoso e outros

REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA VF AMBIENTAL, AGRÁRIA E RESIDUAL

DE PORTO ALEGRE
EMENTA
TRIBUTÁRIO. IBAMA. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA. INEFICÁCIA. LEGALIDADE. TIPICIDADE.

1. O sujeito passivo da taxa de controle e fiscalização ambiental, instituída pela Lei 10.165/00, é a empresa potencialmente poluidora ou utilizadora de recursos naturais, e o fato gerador é o mero exercício desta atividade.

2. A atividade de distribuição de energia elétrica não está arrolada no Anexo da Lei 10.165/00 como atividade potencialmente poluente, nem pode ser equiparada à de produção de energia termoelétrica, esta sim expressamente prevista na norma legal. O serviço de produção de energia consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem (art. 3º do Decreto nº 40.019/57); a distribuição compreende o fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão (art. 5º do Decreto nº 40.019/57). O distribuidor é o detentor das redes nas quais os consumidores estão conectados e o fornecedor obrigatório para um certo tipo de consumidor.

3. Por força do disposto no inciso I do parágrafo 5º do artigo 4º da Lei nº 9.074/95, incluído pela Lei nº 10.848, de 2004: "As concessionárias, as permissionárias e as autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica que atuem no Sistema Interligado Nacional - SIN não poderão desenvolver atividades: (...) I - de geração de

energia elétrica”, sendo-lhes igualmente vedada a realização de “atividades estranhas ao objeto do Contrato de Concessão” (inciso V).

4. Conquanto a Instrução Normativa nº 10, de 17 de agosto de 2001, do IBAMA, defina a atividade distribuição de energia elétrica como potencialmente poluidora, o faz em descompasso com a Lei que instituiu a TCFA (Lei nº 10.165/00), extrapolando o âmbito da mera regulamentação. Com efeito, os atos editados com o intuito de regulamentar a legislação da TCFA não se contiveram dentro dos limites traçados pela lei, tendo ampliado o elenco dos sujeitos passivos para incluir atividades que não se encontravam expressamente previstas no Anexo VIII da Lei nº 10.165/2000, o que resulta em ofensa aos princípios da legalidade estrita e da tipicidade (art. 97, do CTN, arts. 19, I, e 153, §§ 2º e 29, da CF/67 (EC 1/69), e arts. 5º, *caput* e II, e 150, I e II, da CF/88).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 07 de março de 2007.

Juíza Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

Relatora

(Ementa publicada no DE de 28.03.2007)

TERRENO DA UNIÃO. PORTO DE SANTOS. COBRANÇA DE TAXAS PELA MUNICIPALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. IMUNIDADE RECÍPROCA.

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 458.856-4

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR :MIN. EROS GRAU

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTOS

ADV. (A/S): NICE A. SOUZA MOREIRA

AGD0.(A/S): COMPANHIA DOCAS DO

ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP

ADV. (A/S): BENJAMIN CALDAS BESSERRA E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio. Não participou deste julgamento o Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma, 05.10.2004.

EMENTA : AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. TAXAS. HONORÁRIO ADVOCATÍCIO. SUCUMBÊNCIA.

1. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia, em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, f, e 150, VI, da Constituição Federal).

2. Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ementa publicada no DJU de 20.04.2007, p. 89).

LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO
DO PIS/COFINS. DECLARAÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE.
EFICÁCIA VINCULANTE AOS DEMAIS
TRIBUNAIS.

RECURSO ESPECIAL Nº 926.006 - SP
(2006/0164776-1)

RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO
ZAVASCKI

RECORRENTE: MERCOCÍTRICO FER-
MENTAÇÕES S/A

ADVOGADO: GUILHERME CEZAROTI E
OUTROS

RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: MARLY MILOCA DA
CÂMARA GOUVEIA E OUTROS

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART.
535 DO CPC. NÃO CONFIGURADA.
CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PIS
E COFINS. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS
PELA LEI 9.718/98. CONCEITO DE FA-
TURAMENTO.

1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, § único: “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário,

ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tomam inexigíveis (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05).

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão de 09.11.2005, apreciando recursos extraordinários (RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE 358273/RS e RE 390840/MG), considerou inconstitucional o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 (“§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”), e reconheceu a constitucionalidade do art. 8º, *caput*, do mesmo diploma legal, que prevê a majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de abril de 2007.

(Ementa publicada no DJU de 23.04.2007, p. 242).

DEPÓSITO RECURSAL.
ARROLAMENTO DE BENS.
CONDIÇÃO PARA ANÁLISE DE
RECURSO ADMINISTRATIVO.
INCONSTITUCIONALIDADE.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.976-7 (1079)

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA
REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL
DA INDÚSTRIA - CNI

ADVDS.: DENISE DILL DONATI
WANDERLEY E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a ação relativamente ao artigo 33, *caput* e parágrafos, da Medida Provisória nº 1.699-41/1998, e rejeitou as demais preliminares. No mérito, o Tribunal julgou, por unanimidade, procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do artigo 32 da Medida Provisória nº 1.699-41/1998, convertida na Lei nº 10.522/2002, que deu nova redação ao artigo 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/1972, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, I, do RISTF). Plenário, 28.03.2007.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA

TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO.

Perda de objeto da ação direta em relação ao art. 33, *caput* e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o dispositivo ter sido suprimido das versões ulteriores da medida provisória e da lei de conversão.

A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei.

Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens.

Superada a análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória com o advento da conversão desta em lei. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º LV).

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas

situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.

(Ementa publicada no DJU de 18.05.2007, p. 64).